

Hvor langt kan rettsmekleren gå for å få partene til å forlikes?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 677

Leveringsfrist: 25.11.2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17.789 ord.

24.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	Problemstilling og metode	3
1.2	Kilder	7
<u>2</u>	<u>MEKLERROLLEN</u>	<u>9</u>
2.1	Meklingsstiler	9
2.2	Mekleren	14
2.3	Effektivitet og rettssikkerhet	16
<u>3</u>	<u>RAMMENE FOR MEKLERENS FREMFERD</u>	<u>17</u>
3.1	Hvor langt kan mekleren gå for å oppnå minnelig løsning?	23
3.1.1	Partskontroll	24
3.1.2	Forlikspres	27
3.1.3	Vurdering	32
3.2	Hvor langt kan mekleren gå i å klarlegge partenes interesser i konflikten?	34
3.2.1	Vurdering	37
3.3	I hvilken utstrekning kan mekleren gi uttrykk for sin vurdering av partenes argumenter?	37
3.3.1	Domsprognose	38
3.3.2	Vurdere partenes argumentasjon	41
3.3.3	Vurdering	45
3.4	Hvor langt kan mekleren gå i å delta i utforming av løsningsforslag?	46
3.4.1	Vurdering	51

3.5	Hvordan skal rettsmekleren forholde seg til gjeldende rett?	52
3.5.1	Vurdering	58
<u>4</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>60</u>
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>

1 Innledning

Mekling er en alternativ konfliktløsningsmetode. Mekling er en gammel tradisjon, men har blitt mer og mer populær i vår tid. Mekling bygger på respekt for individets valg og behov, og på en bredere forståelse av konflikt enn det rent rettslige.¹ Forliksløsning i domstolene har lenge vært forsøkt som alternativ til dom. Rettsmekling er et nyere fenomen. Mekling er en metode som bryter med domstolenes tradisjonelle oppgave.²

Fra 1. januar 2008 trådte Lov om mekling og rettergang i sivile tvister i kraft (heretter benevnt tvl.), og avløste Tvistemålsloven fra 1915 (heretter benevnt tvml.) Selve navnet viser at mekling skal spille en sentral rolle for løsning av rettstvister. I forarbeidene fremheves at det ikke er mer ønskelig at konflikten løses ved dom enn ved forlik.³ Reglene for rettsmekling følger av tvl. §§ 8-3 til 8-7.

Rettsmekling kan defineres som en frivillig konfliktløsningsmodell som er tilknyttet domstolene, hvor en nøytral tredjemann skal hjelpe partene å finne en gjensidig akseptabel løsning for dem, uten å treffe en avgjørelse i saken.⁴

1.1 Problemstilling og metode

Domstolsprosessen er en omstendelig, tungvint og konfronterende prosess. Rettsmekling er en vennligere, raskere og en mer fleksibel tvisteløsningsmodell. Rettsmekleren skal hjelpe partene frem til en løsning. Et viktig samfunnshensyn er å få tvister løst. For partene er det viktig at løsningen er god, og at prosessen fram til en eventuell løsning oppleves som rettferdig og trygg for dem. Det er viktig at partene ikke presses til å inngå et forlik. Det ligger et spenningsforhold mellom hensynet til en rettferdig/trygg og god prosess og

¹ Nylund (2009)

² Konfliktmekling(2006) s.54

³ Ot.prp. nr. 51 (2004 – 2005) s. 113

⁴ Se definisjon av ”rettsmekling” i danske etiske retningslinjer for rettsmekling (2009), pkt. 1, og definisjon av ”mekling” fra konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 91

hensynet til effektivt å få tvister løst. Problemstillingen blir derfor hvor langt mekleren kan gå for å få partene til å forlikes. Mekler har en rekke virkemidler for å få partene til å forlikes. Mekler kan være aktiv på flere måter for å bidra til en løsning. Hun kan presentere egne løsningsforslag, gi uttrykk for hva hun anser for å være en rimelig løsning, vurdere sakens sider, gi uttrykk for hva hun synes vil være et sannsynlig domsresultat, peke på prosessrisiko, utøve press osv, eller å overstyre partene vedr. prosessen - for eksempel ved å kontrollere/begrense kommunikasjon mellom partene ved (overdreven) bruk av særmøter. Mekler kan utøve makt eller manipulere partene i de mer ekstreme tilfellene. Jeg avgrenser mot meklingsatferd som innebærer maktbruk og manipulasjon selv om en slik opptreden tilgrenser øvrige virkemidler. Det må imidlertid være klart at maktbruk og manipulasjon ikke er akseptable virkemidler for rettsmekleren. En særskilt fordypning i særmøter avgrenser jeg også mot.

Tvisteloven § 8-5 (3) setter rammene for rettsmeklerens rolle og atferd under meklingen. Da det er rettsmeklerens øvre grense for aktivitetsnivå som er utgangspunktet for oppgaven finner jeg det hensiktsmessig å gjengi teksten:

”Rettsmekleren skal opptre upartisk og søke å klarlegge partenes interesser i tvisten med sikte på en minnelig løsning. Rettsmekleren kan peke på forslag til løsning og drøfte styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.”

Lovtekstens rammer er vide og vage. Ut i fra ordlyden isolert sett kan det vanskelig trekkes en eksakt øvre grense for hvor langt rettsmekleren kan gå i å få partene til å forlikes. Problemstillingen begrenser seg også i tid og rom; gjenstand for drøftelse er grensen for meklerens fremferd under rettsmeklingen. Oppgaven avgrenses også mot hvordan rettsmekling foregår i praksis.

I en rettssak bestemmer retten sakens utfall. Ved mekling bestemmer partene sakens utfall. For partene er det likevel vesentlig at de har tillit til at mekleren kan assistere dem frem til

en løsning. Det kan her vises til dl. § 55 (3) som også bør omfatte meklerrollen.⁵ Fordi mekling foregår i domstolenes regi er det av hensyn til domstolenes legitimitet også viktig at rettsmekling inngir til tillit og respekt. I denne sammenheng bør det fremheves at meklerrollen gir store muligheter for innflytelse. Dette innebærer at mekleren må være seg sin rolle bevisst. Rettsmekling skal være et alternativ til alminnelig domstolsbehandling, derfor er det viktig å fremheve meklingsens egenart. Mekling er en konfliktløsningsmodell som skiller seg fra domstolsprosessen og andre intervensjonsformer, og derfor er det også viktig at mekling forblir mekling, og at det ikke er en blandingsmodell som tilbys. Mekling kan ha flere formål og former. I noen meklingsmiljøer er det viktigste formålet å bedre relasjonen mellom partene.⁶ I rettsmekling er bedring av relasjoner en sidegevinst, men ikke et mål i seg selv. I følge lovtekstens ordlyd er det viktigste formålet at partene kommer til enighet.

Jeg har valgt en rettsdogmatisk utlegning. Rettsmekling bygger på en interessebasert metode.⁷ I meklingsteori innebærer en slik meklingsform å avdekke de interesser og behov som skjuler seg bak standpunkter og krav. Kjernen i interessebasert mekling er å flytte fokuset fra krav til hva partene trenger.⁸ For eksempel kan forretningsparter dra større nytte av en løsning som inkluderer et fremtidig samarbeid, enn en dom som innebærer at en part må betale den annen et pengekrav som muligens vil tilspisse forholdet mellom dem ytterligere. Jeg har derfor også benyttet meklingsteori på området til å utdype og problematisere grensene for rettsmeklerens fremferd.

Mekling i domstolene skiller seg fra andre meklingsfora, bl.a. fordi den foregår i domstolenes regi som primært har en annen oppgave – å dømme. I møtet mellom mekling og domstolene oppstår det derfor særskilte utfordringer. Et sentralt spørsmål er om rettsmekling i tilstrekkelig grad ivaretar partenenes behov for trygghet/rettssikkerhet.

⁵ Austbø (2006) s.161

⁶ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 93

⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 125, 126

⁸ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 193

En følge av at det legges få bånd på rettsmekleren mht til fremgangsmåte og innhold, er at enkelte rettslige garantier er fraværende, som ellers er tilstede i domstolsprosessen.⁹ For eksempel er det tillatt å ha møte med partene hver for seg, jf. tvl. § 8-5 (1) i.f. Dette bryter med kontradiksjonsprinsippet. Særmøter innebærer at partene ikke får anledning til å imøtegå motpartenes argumentasjon eller gjøre rede for sitt eget syn overfor motparten.¹⁰ I tillegg forutsettes at mekler har taushetsplikt vis-à-vis partene og medfølger at mekler kommer i besittelse av informasjon som ikke kan gjøres kjent for den annen part.¹¹ For det andre gjelder ikke forhandlingsprinsippet. I domstolsprosessen er det partene som i utgangspunktet skal fremskaffe bevis, men under rettsmekling er det ikke full bevisførsel, jf. tvl. § 8-5 (4). For det tredje er adgangen til å angripe et rettsforlik snevrere enn adgangen til å anke en dom. Et rettsforlik kan angripes ved ugyldighetssøksmål, jf. tvl. § 8-5 i.f. jf. 19-12 (2). Ved dom kan et rettsforlik settes til side eller endres etter samme regler som for avtaler. Søksmål må som utgangspunkt reises innen seks mnd fra parten ble kjent med ugyldighetsgrunnen, eller burde ha skaffet seg kunnskap om forholdet, jf. tvl. § 19-12(4). Et utenrettslig forlik kan også angripes ved å reise søksmål for tingretten og endres etter samme regler som for avtaler, men rammes ikke av tvistelovens prosessuelle fristregler.

Det bør også nevnes at rettsmekling foregår for lukkede dører uten unntak, jf. tvl. § 8-5(1) første setning, slik at det er få faktiske kontrollmuligheter over hvordan rettsmekling foregår i praksis.

I denne sammenheng er det således viktig å fremheve at rammene for fremgangsmåten under rettsmekling også henter fordeler ved at de er vide og vage. Dette gir både parter og mekler mulighet til å skreddersy fremgangsmåten slik at partenes behov blir

⁹ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 104

¹⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 34

¹¹ Ibid s. 390

imøtekommet.¹² Lovgivningen åpner således for en fleksibel gjennomføring av rettsmekling. For at meklingen skal bli vellykket forutsettes imidlertid at rettsmekleren er klar over hvilke virkemidler som er tilgjengelige og tillatt, men også til hvilken tid og rom de ulike virkemidlene er tjenlige.

Siden det er grensene for rettsmeklerens aktivitet som drøftes, har jeg valgt å trekke frem enkelte saker fra Tilsynsutvalget for dommere. Det kunne også vært hensiktsmessig å drøfte andre følger av overtredelse, som for eksempel mulig erstatningsansvar (i første rekke arbeidsgiveransvar). Av plasshensyn finner jeg imidlertid grunn til å avgrense mot slike spørsmål da de generelt er lite avklart.

I tillegg vil jeg avgrense mot mekling etter barneloven, selv om noen vil definere *rettsmekling* til også å omfatte behandling av barnefordelingssaker. Det er spesielle regler for mekling i barnefordelingssaker etter barneloven som på vesentlig punkter skiller seg fra rettsmekling etter tvisteloven.

1.2 Kilder

Lovtekstene, Tvisteloven og Domstolloven (heretter benevnt dl.) er de viktigste rettskildene. Forarbeider til Tvisteloven står også sentralt, spesielt proposisjonen som på enkelte punkter endrer Tvistemålsutvalgets innstilling. Av meklingsteori har jeg benyttet meg av amerikansk og skandinavisk materiale. I forbindelse med prøveordningen for rettsmeklingen ble det utarbeidet en evalueringsrapport for å gi Tvistemålsutvalget et bedre grunnlag til å vurdere om rettsmekling burde gjøres til et permanent tilbud.¹³ For å belyse enkelte virkninger av ordningen har jeg benyttet meg av denne rapporten.

Jeg har også benyttet meg av et forslag til etiske prinsipper for dommeratferd som er utarbeidet av domstolsadministrasjonen med høringsfrist 15.sept.d.å. De etiske prinsippene

¹² Bernt – Hamre (2004) s. 87

¹³ Knoff (2001)

er ikke ment å utgjøre grunnlag for disiplinærvedtak. Prinsippene har til formål å opplyse om hva som er å anse som god dommerskikk - for å fremme at dommerne opptrer på en måte som skaper tillit til domstolene. Prinsippene skal ikke på samme måte som for regelverket for god advokatskikk gjøres til forskrift.¹⁴ Prinsippenes status og betydning i et rettskildeperspektiv er derfor diffus og uklar. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn i en vurdering av prinsippenes rettskildemessige status, men påpeker at prinsippene er av en mykere karakter enn de alminnelige rettskilder. De fremstår som skjønnsmessige retningslinjer for hva som er å anse som god dommeropptreden. I oppgaven vil prinsippene komme til anvendelse dersom prosesslovgivningen, eller andre rettskilder, ikke gir retningslinjer for hvor langt rettsmekleren kan gå. Etske retningslinjer kan derfor belyse et juridisk spillerom som ellers gir rettsmekleren vide rammer.

Foruten én Høyesterettsdom, har jeg ved flere anledninger henvist til klagesaker fra Tilsynsutvalget for dommere. Disse dommene illustrerer når grensene for god dommerskikk etter dl. §236 (1) er overtrådt, der sanksjonene er kritikk eller advarsel. Også i en del saker som ikke har endt med disiplinærsanksjon har utvalget gitt uttalelser om hva som er å anse for god dommerskikk. Disse uttalelsene har rettskildemessig betydning for hvordan innholdet av ”god dommerskikk” skal forstås, jf. dl. § 236(3).

Tilsynsutvalget for dommere ble opprettet i 2002, og f.o.m. år 2002 t.o.m. 2009 p.t. har jeg kun funnet to saker som angår rettsmekling.¹⁵ I TUsak 123/07 fikk dommeren kritikk for å ha irettesatt advokaten i nærvær av hans klient. Jeg avgrenser mot saken da den i realiteten ikke omhandler mekling særskilt, men heller hva som regnes som alminnelig folkeskikk. I TUsak39/05 mente klageren seg sterkt presset fra dommerfullmektigen og mente også at hun hadde opptrådt partisk. Det ble ikke gitt disiplinærvedtak.

¹⁴ Høringsbrev (2009) jf. Etske regler for dommere (2007) s.2

¹⁵ <http://www.domstol.no>

Foruten TUsak 39/05 har jeg benyttet meg av andre vedtak fra Tilsynsutvalget som angår forliksforhandlinger. Selv om disse ikke direkte angår rettsmekling, kan sakene likevel belyse rammene for rettsmekleren.

Ved to anledninger har jeg også sammenlignet reglene for rettsmeklers fremferd med danske etiske retningslinjer for rettsmeklere og dansk lovtekst for rettsmekling.

2 Meklerrollen

I det følgende vil jeg først presentere sentral meklingsteori vedrørende ulike meklingsstiler på feltet. Deretter vil jeg kort redegjøre for hvem som kan være rettsmekler, og til sist en sammenfatning av hvilke hovedhensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen for hvor langt rettsmekleren kan gå.

2.1 Meklingsstiler

Professor Riskin lanserte skillet mellom den tilretteleggende (facilitative) og den evaluerende anlagte meklingsstil.¹⁶ I tillegg kombinerte han disse med snevert og bredt anlagt perspektiv. Teorien har fått navnet ”Riskins matrise” og vil bli omtalt i korthet i det følgende.

En tilretteleggende meklingsstil innebærer at meklerens primære oppgave er å bedre kommunikasjonen mellom partene for at de selv skal finne en omforent løsning på deres tvist. Mekler med en evaluerende meklingsstil legger til grunn at partene ønsker og har behov for en mekler som kan lede dem frem til en løsning som er i overensstemmelse med

¹⁶ Riskin (1996) s. 17

for eksempel gjeldende rett, kutyme eller praksis i handelsnæringen.¹⁷ Uttrykt på en annen måte; den tilretteleggende mekleren har ansvaret for prosessen, men lar partene ha ansvar for resultatet, mens den evaluerende mekleren tar i tillegg til ansvar for prosessen også et visst ansvar for løsningen av konflikten.¹⁸

En mekler med snever tilnærming vil definere problemstillingen ut i fra et juridisk ståsted, med utgangspunkt i partenes påstander og krav. En bredere tilnærming betyr at partenes interesser står i fokus – alt fra forretnings-, personlig- og samfunnsinteresser.¹⁹

Ved å kombinere den tilretteleggende og evaluerende meklingsstilen med bred og snever tilnærming hevdes at det gis et rimelig godt virkelighetsbilde av praktisering av mekling på feltet.²⁰

En evaluerende – snever mekler tar utgangspunkt i partenes rettslige krav og standpunkter i saken ved å hjelpe partene til å forstå deres styrke og svakheter samt hva som vil være et sannsynlig domsresultat. Hun vil kunne foreslå løsninger ut i fra partenes posisjoner og legge like stor vekt på sin vurdering av saken som partenes egen forståelse. Meklingen vil hovedsakelig foregå i møter med partene hver for seg.²¹

En mekler med tilretteleggende og snever stil vil på samme måte som en med evaluerende – snever orientering hjelpe partene til å forstå sine posisjoner og krav bedre. Mekler vil imidlertid bruke andre virkemidler. Hun vil hovedsakelig benytte separate møter til å stille partene spørsmål for å hjelpe dem til å forstå styrke og svakheter i sine argumenter og konsekvensene ved ikke å komme til enighet. Mekler vil hjelpe partene til å utveksle og å

¹⁷ Riskin (1996) s. 24

¹⁸ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 98, 99

¹⁹ Riskin (1996) s. 22

²⁰ Kovach and Love (1998) s. 72,73

²¹ Riskin (1996) s. 26, 27

komme med egne forslag til løsning. Videre vil hun oppfordre dem til å gjøre dette i fellesmøter og hjelpe dem med å vurdere løsningsforslagene.²²

For den evaluerende og bredt anlagte meklingsstilen er fokuset rettet mot partenes interesser fremfor krav. Juridisk tilnærming vil stå i bakgrunnen. Mekleren vil til forskjell fra den tilretteleggende meklingsstilen la seg påvirke av egne synspunkter på konflikten. For å avdekke bakenforliggende interesser vil mekleren spørre/grave. Det vil si at mekleren, for å få kjennskap til partenes underliggende interesser i større grad enn den tilretteleggende mekler, oppfordrer eller ”krever” at partene selv skal være aktive i meklingen. Hun vil forklare betydningen av interesser og stille direkte eller indirekte spørsmål for å søke å avdekke bakenforliggende interesser. For eksempel vil mekleren invitere partene til å komme med innspill etter at advokatene har presentert saken. Hun vil også i stor utstrekning bruke separate møter til å spørre partene. Mekleren vil kunne komme med anbefalinger til løsninger og peke på sterke og svake sider ved partenes argumenter basert på partenes interesser. Mekleren vil kunne foreslå løsninger som ivaretar begge parter interesser, både snevre og brede interesser. Hun vil også kunne være tilbøyelig til å presentere sine egne løsningsforslag eller motpartens forslag på en måte som oppfordrer, eller i varierende grad legger et visst press på partene for at de skal godta løsningsforslaget. Mekleren vil begrense og føre en viss kontroll med kommunikasjonen mellom partene ved å bruke mer tid i særmøter enn i fellesmøter.²³

For den tilretteleggende og brede anlagte meklingsstilen, vil mekleren ikke komme med egne forslag til løsning, men stille åpne spørsmål for å prøve å avdekke om partene har underliggende motiver og interesser i konflikten. En tilretteleggende mekler vil benytte samme virkemidler som den evaluerende mekleren for å få frem interesser, men bare i den utstrekning partene selv ønsker det. Hun benytter fellesmøter mer aktivt enn særmøter.²⁴

²² Riskin (1996) s. 29

²³ Ibid s. 30, 31

²⁴ Ibid s. 33

Mekleren vil forklare viktigheten av interesser i en konflikt, og mekler vil prøve å motivere partene til å være aktive for selv å finne en løsning.²⁵

Riskins matrise har fått mye oppmerksomhet.²⁶ Kovach og Love mener den evaluerende meklingsstilen ikke kan kategoriseres som mekling. De hevder at en evaluerende meklingsstil tar fokuset bort fra partenes autonomi, og at meklingsbegrepet bør forbeholdes den tilretteleggende meklingsstilen.²⁷ Når Riskin setter evaluerende orientering på kartet over meklingsstiler så hevder Kovach og Love at mekling mister sin egentlige funksjon som en alternativ tvisteløsningsmodell, og beveger seg over mot en ikke-bindende voldgift eller early – neutral evaluation (ENE)²⁸. ENE er en alternativ tvisteløsningsmetode innenfor det amerikanske rettssystemet. Kort beskrevet er det en kombinasjon av en vurdering av saken fra en nøytral tredjemann og meklingsforsøk hvis partene ønsker det.²⁹ For at mekling skal være et reelt alternativ til andre konfliktløsningsmodeller hevder Kovach og Love videre at dersom partene anmoder mekler om å bli evaluerende, befinner mekleren seg utenfor det som egentlig kan kategoriseres som mekling.³⁰

I 2003 kom Riskin med en revidert utgave av artikkelen av 1996 hvor han peker på svake sider ved en tydelig inndeling mellom tilretteleggende – evaluerende, snevert - bredt anlagt meklingsformer. Som erstatning til den gamle ”matrisen” kom han med forslag til nye matriser. Dersom den eldre matrisen tas for bokstavelig åpner den ikke for at meklingsstilene evaluerende og tilretteleggende kan kombineres under én og samme mekling.³¹

²⁵ Riskin (1996) s. 32

²⁶ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 101

²⁷ Kovach and Love (1998) s. 74,76

²⁸ Kovach and Love (1998) s. 110, se også Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 101

²⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004 – 2005) s. 131

³⁰ Kovach and Love (1998) s. 79

³¹ Riskin (2003 – 2004) s. 14

Riskin erstatter derfor begrepene tilretteleggende og evaluerende med henholdsvis ”uteskende (elicit)” og ”styrende (directive)”. Uttrykkene gir ikke umiddelbar klarhet i hva forskjellen betyr. En styrende adferd er ment å gi et mer dekkende bilde av en mekler som også styrer/presser parter mot en bestemt løsning, eller styrer kommunikasjonen ved å utelate diskusjon om løsningsforslag mekleren selv ikke liker.³² Riskin understreker at nesten hvilken som helst fremferd av mekleren styrer meklingen, det kan være å bestemme hvordan prosessen skal foregå, eller det kan være å styre partene mot et bestemt resultat. Elicitive mekling innebærer for eksempel at mekler oppmuntrer til partsaktivitet og berømmer partenes egne bidrag.³³ Det spesielle med det nye skillet er at begge former kan forekomme under én og samme mekling. For eksempel dersom for styrende aktivitet ikke leder til forlik kan hun bli mer ”elicitive” i den forstand at mekler i større grad overlater til partene selv å finne en løsning.³⁴

Begrepene må ikke forstås slik at den elicitive adferden alltid bedrer partenes autonomi mens den styrende adferden undergraver den. For eksempel vil alltid den styrende adferden influere partsautonomien på kort sikt, men i enkelte tilfeller vil den også være fundamental for å forbedre den. Ved at mekler etablerer grunnregler for meklingsprosessen ivaretas og beskyttes den ene parts mulighet til å utøve selvbestemmelsesrett.³⁵ Der det for eksempel er maktubalanse mellom partene kan mekleren gi regler for taletid eller holde separate møter med partene.

I Riskins ”New New Grid – system” gis alle involverte personer like stor oppmerksomhet. De involverte vil normalt være parter, advokater og mekler. For det andre tar det nye systemet hensyn til tidsaspektet og den potensielle dynamikken i beslutningsprosessen. Systemet ivaretar deltakernes eventuelle ønsker om å influere beslutningene som blir tatt

³² Riskin(2003-2004) s. 32

³³ Ibid s. 30

³⁴ Ibid s. 33

³⁵ Ibid s. 31

vedrørende meklingen, deres faktiske innflytelse og deltakernes forventninger til at andre skal ta beslutningene.³⁶

Skillet mellom ulike meklingsstiler og dets iboende dynamikk i meklingsprosessen er ment å være et bakgrunnstappe for den videre drøftelse av hvor langt rettsmekleren kan gå etter gjeldende rett.

Av hensiktsmessighetsgrunner velger jeg å benytte begrepene tilretteleggende og evaluerende meklingsstiler. Jeg velger imidlertid å tillegge disse begrepene noe mer enn redegjort for. Med tilretteleggende meklingsstil mener jeg også at mekleren understøtter /berømmer partenes bidrag til løsning av konflikten. En evaluerende meklingsstil innbefatter noe mer enn at mekler gir uttrykk for sine synspunkter og evalueringer på konflikten. Den innebærer også at mekleren opptrer styrende; enten det er prosessuelt eller materielt. Meklerens aktivitet kan således innebære elementer av press.

2.2 Mekleren

Meklingsstil antas å være betinget av meklers bakgrunn. En mekler som er vant til å vurdere andres argumentasjon eller fremsette løsninger vil kunne la seg influere av dette.³⁷ En mekler som er terapeut vil antagelig ha en annen tilnærming til saken. For eksempel vil følelser i større grad være anerkjent og tillatt.³⁸

Rettsmekleren kan være en dommer, men det kan også være en person tilknyttet et utvalg av rettsmeklere for domstolen, jf. tvl. § 8-4 (1). Retten kan med samtykke fra partene oppnevne en rettsmekler utenfor domstolens utvalg, jf. tvl. § 8-4 (1) annet punktum.

³⁶ Riskin (2003 – 2004) s. 34

³⁷ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 102

³⁸ Nordhelle (2006) s. 30

For rettsmeklere tilknyttet et utvalg for domstolene er det i tvistelovsforskriften § 9 jf. tvl. § 8-4(4) i.f. stilt personlige og faglige krav til meklere som egnethet, kompetanse og erfaring fra rettsmekling eller tilsvarende mekling. For dommere eller meklere utenfor domstolens utvalg er det ikke stilt tilsvarende krav til rettsmekleren. Dersom retten oppnevner en mekler tilknyttet utvalget av meklere, eller med samtykke av partene en rettsmekler utenfor domstolens utvalg eller en hjelper, må partene betale godtgjørelse til denne, jf. tvl. § 8-4(3). Alternativet er å benytte en dommer som mekler som ikke koster noe utover rettsgebyret. Det kan spekuleres om godtgjørelse til de øvrige meklere forhindrer bruk av disse som konfliktlødere.

I følge Advokatbladet kan det se ut til at flere domstoler ikke oppfyller tvl. § 8-4(4) første punktum om å opprette et eget utvalg av eksterne meklere tilknyttet domstolen. Det opplyses videre at dersom det først faktisk er oppnevnt et eget utvalg, benyttes disse sjeldent. Forklaringene er flere; dels at partene ikke etterspør eksterne meklere, dels at det ikke mekles i så mange saker innenfor enkelte av domstolene, dels at tilbudet om eksterne rettsmeklere ikke markedsføres, og dels at de hevder de har gode dommermeklere.³⁹

Dersom denne ringerunden gjort av Advokatbladet til ulike domstoler gir et dekkende bilde av dagens situasjon over rettsmeklere i Norge, kan det antas at det stort sett er dommere som mekler i rettsmekling. Det finnes således unntak – ett er Sandefjord tingrett hvor det i praksis er advokater eller én psykolog som er tilknyttet det eksterne utvalget som mekler, og ikke dommere.⁴⁰

Partene skal altså i prinsippet kunne velge en ekstern mekler, fra eller utenfra, domstolens utvalg av rettsmeklere, jf. tvl. § 8-4(1). Dersom de ikke velger en ekstern mekler, ligger det utenfor partenes kontroll hvem som mekler i saken, noe som skiller seg fra mekling i de fleste andre fora. Dette understreker viktigheten av at gjeldende regelverk setter de nødvendige og forventede rammer til meklerens opptreden.

³⁹ Rønning (2009)

⁴⁰ Rønning (2009), se også www.sorenskriveren-i-sandefjord.no

I det følgende vil jeg derfor avgrense mot andre rettsmeklere enn dommere. Dommere antas å ha en evaluerende tilnærming til konflikten.⁴¹

2.3 Effektivitet og rettssikkerhet

Hensynet til en hurtig og konsentrert behandling av saken tilsier en løsningsorientert mekler. For henne vil en avtale bidra til å redusere saksbehandlingstiden og -mengden i domstolen. For parter er det også viktig å komme frem til en løsning, men ikke for en hver pris. For dem vil det også være viktig at løsningen er fordelaktig sammenlignet med hovedforhandling og dom. Partene må på veien frem mot en eventuell avtale sikres at deres interesser i prosessen blir ivaretatt. For parter vil hensiktsmessig meklingsstil være avhengig av hvilke forventninger de har til meklingen og hva de ønsker å få ut av den. Noen parter ønsker å få kommunisert med motparten og håper å bli møtt med forståelse, som for eksempel i ekteskapssaker. I andre tilfeller kan det være for å få til en fremtidig samarbeidsløsning som eksempelvis mellom to selskaper. Andre ønsker å få avgjort saken raskere og billigere enn ved rettssak. Rettsmekleren har da en nøkkelrolle fordi hun kan utøve stor innflytelse. Dersom partenes autonomi utfordres gjennom press fra rettsmekleren kan det gå på bekostning av partenes rettsikkerhet. Det interessante i denne sammenheng er å søke å kartlegge den øvre grensen for rettsmeklerens aktivitetsnivå. Mellom to kryssende hensyn; effektivitet og rettssikkerhet, jf. tvl. §1, oppstår derfor spørsmålet om hvor langt mekleren kan gå i få partene til å forlikes.

⁴¹ Konflikt, meklings og rettsmekling (2008) s.102

3 Rammene for meklerens fremferd

Den rettslige reguleringen for gjennomføring av rettsmekling følger av tvl. § 8-5(3).

Rammen er av prosessuell karakter, og angir meklerens arbeidsoppgaver. En mekler som er dommer må i tillegg holde seg innenfor grensen for god dommerskikk, jf. dl. § 236(1).

Dette er altså to regelverk som gjelder ved siden av hverandre. Tilsynsutvalget for dommere kan ilegge dommere disiplinærvedtak dersom han eller hun handler i strid med god dommerskikk. Tilsynsutvalget kan ikke ”vurdere forhold som kan overprøves etter reglene i rettspleielovgivningen for øvrig” jf. dl. §236 (4). M.a.o. kan Tilsynsutvalget vurdere rettsmeklerens fremferd og opptreden under meklingen. Som nevnt innledningsvis foreligger det et forslag til etiske prinsipper for dommere. Dersom de blir vedtatt vil de tjene som retningslinjer for det nærmere innholdet i begrepet.⁴² I dette avsnittet vil utgangspunktene for den øvre grensen for meklers fremtreden presenteres etter: tvl. § 8-5(3), Tilsynsutvalgets praksis, og til sist grensen for dommerens atferd etter forslaget for de etiske prinsipper.

Rettsmekling er en mer dyptgående form for mekling enn tradisjonell mekling.⁴³

Rettsmekling innebærer en såkalt interessebasert mekling. Med dette menes at meklere skal søke å klarlegge partenes interesser i konflikten med sikte på å komme til en minnelig løsning. Ved rettsmekling åpnes det for at meklere kan ha en mer aktiv rolle, ta initiativ og engasjere seg, og diskutere saken uten å tenke på muligheten for å bli inhabil.⁴⁴ Dette må ses i sammenheng med hovedregelen om at en annen dommer overtar den videre behandlingen av saken dersom meklingen ikke fører frem, jf. tvl. § 8-7 (2). Det er altså ikke problematisk dersom hun blir inhabil i løpet av meklingen.

Til sammenligning kan nevnes at rammene for ordinær mekling etter tvl. § 8-2(1) er snevrere enn ved rettsmekling. Dommeren skal også etter denne regelen forsøke å få partene til å komme til enighet. Meklingen kan skje i rettsmøte eller ved annen kontakt

⁴² Høringsbrev (2009)

⁴³ NOU-2001-32 A s. 229

⁴⁴ Austbø (2005) s. 208

mellom partene. Hvis mekling foregår i rettsmøte skal partene holdes sammen, og mekleren kan ikke motta informasjon som ikke kan gjøres kjent for alle parter. Dommeren kan komme med løsningsforslag, gi råd og komme med vurderinger så lenge det ikke svekker tilliten til meklerens upartiskhet. Jeg viser til uttalelser i proposisjonen om at det rent faktisk er begrenset adgang for retten til å fremsette løsningsforslag eller gi signaler om hvordan saken vil vurderes.⁴⁵ Dette er uttrykk for alminnelige prinsipper for dommeradferd som også gjelder som skranke for rettens veiledningsplikt etter tvl. § 11-5 (7).⁴⁶ Idet dommeren skal dømme i saken dersom partene ikke kommer til enighet, tilsier dette at veien til inhabilitet er kort. For eksempel dersom et forslag fra dommeren, ut i fra en objektiv vurdering, må forstås slik at han har tatt forhåndsstandpunkt i saken.

Rammen for rettsmekleren etter tvl. § 8-5 (3) tegner bare et ytre skall for den rettslige reguleringen for gjennomføringen av meklingen. Jeg viser til gjengivelse av bestemmelsen under punkt. 1.1. Meklers oppgave er primært å prøve å få partene til å komme til enighet. I følge ordlyden er grensene overskredet der mekleren ikke lenger opptre upartisk eller tvinger partene til å godta en løsning. Det ligger altså helt utenfor rammene hvis mekler avgjør tvisten selv, eller er en eller begge parters rådgiver.

Kravet om upartiskhet sees på som én mulig øvre grense for rettsmeklerens aktivitetsnivå. Selv om rettsmekleren er relativt fristilt kan han ikke opptre på en partisk måte, for eksempel ved å behandle partene med ulik respekt.⁴⁷ Uttaler mekleren seg om sakens sider vil han også lett bli oppfattet som ikke-nøytral. Dette vil kunne svekke tilliten og gjøre mekleren ineffektiv. Kravet om upartiskhet kan forstås slik at jo mer evaluerende mekleren opptre, jo større behov er det for at mekleren er upartisk og nøytral. Formulert på en annen måte; desto mer mekler influerer på resultatets utfall, desto større risiko er det for at en part lider pga meklers eventuelle påvirkning.⁴⁸

⁴⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 388

⁴⁶ Tvisteloven kommentarutgave Bind 1 (2007) s. 363

⁴⁷ Vindeløv (2008) s. 127

⁴⁸ Riskin (1996) s. 47, 48

Proposisjonen bemerker på dette punkt at en nøytral tredjemann kan gå langt i å gi uttrykk for standpunkter uten at det vil være i strid med nøytralitetshensynet. Forutsetningen er at standpunktene er saklig begrunnet i de opplysninger som foreligger.⁴⁹

Proposisjonen vurderer nøytralitetshensynet, mens loven benytter ordet ”upartisk”. Upartiskhet/nøytralitet kan sees som to sider av samme sak. Vurderingstemaet er om standpunktene er objektivt saklig begrunnet. Det skal altså i utgangpunktet mye til for å bli ansett partisk dersom vurderingen er saklig begrunnet. Nøytralitet og upartiskhet kan imidlertid stå i konflikt med hensynet til partenes selvbestemmelsesrett. En vurdering av en parts svake sider kan være saklig begrunnet, men dersom parten i realiteten oppfatter vurderingen som et sannsynlig domsresultat, kan dette føles pressende. Parter er ikke forpliktet til å etterfølge eventuelle vurderinger, men dersom det gis en evaluering er det en viss fare for å frarøve partenes frihet til selv å bestemme utfallet, uavhengig av om den fremstår som riktig og berettiget i situasjonen som foreligger.

I proposisjonen bemerkes viktigheten at partene finner løsningen selv.⁵⁰ Departementet slutter seg til Tvistemålsutvalgets generelle hensyn, herunder;

”En forutsetning for at et forlik skal være å foretrekke i stedet for en dom, er at forlikprosessen er gjennomført på en måte som ikke gir partene grunn til å oppfatte forliket som et resultat av noe urimelig press. For tilliten til domstolene er det særdeles viktig å unngå slike situasjoner.”⁵¹

Proposisjonen sender også flere signaler for hvor langt rettsmekleren kan gå. Det pekes på hensynet til rettsmeklingens legitimitet, som at mekleren gir partene domsprognose og om mekleren opptrer som garantist for et riktig resultat.⁵² Dette kommer jeg tilbake til.

⁴⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 113

⁵⁰ Ibid s.126

⁵¹ Ibid s. 114

⁵² Ibid s. 126

Utgangspunktet fra lovteksten og forarbeidene gir rettsmekleren vide rammer da hovedformålet er å komme til minnelig løsning, selv om det også pekes på enkelte farer forbundet med ordningen.⁵³

Tilsynsutvalget for dommere kan ilegge disiplinærvedtak dersom en dommer forsettlig eller uaktsomt overtrer de plikter som stillingen medfører, eller ellers handler i strid med god dommerskikk, jf. dl.§ 236 (1). Utvalget kan sanksjonere ”uhøvisk eller utilbørlig” atferd fra dommerens side.⁵⁴ Det fremgår av lovforarbeidene at et vesentlig moment ved vurderingen er hvorvidt forholdet er egnet til å svekke tilliten til domstolene/dommeren, det gjelder imidlertid ikke brudd på regulære tjenesteplikter.⁵⁵ For å utløse disiplinærvedtak må dommeren ha utvist skyld, dvs. forsett eller uaktsomhet.⁵⁶ De rettslige karakteristikkene ”utilbørlig og uhøvisk” tilsier at terskelen er høy, og uten å gå nærmere inn i en drøftelse om det nærmere innholdet i begrepene, må, dersom ett av kravene anses for å være oppfylt, dette nødvendigvis også innebære at dommeren i alle fall har opptrådt uaktsomt.

Tilsynsutvalgets kan imidlertid gi generelle uttalelser for hva som menes med ”god dommerskikk”, jf. dl.§ 236(3). TUsak 39/05 kan illustrere de akseptable grenser for rettsmekleraktivitet. Rettsmekleren, som var dommerfullmektig, ble ikke ilagt disiplinærtiltak. Saken gjaldt en entreprisesak som endte med et rettsforlik. Klager hevdet at mekleren hadde åpnet rettsmeklingen med å si at hun ikke hadde noen sak, og at et ev. domsresultat ikke ville gått i hennes favør. Dommerfullmektigen hevdet imidlertid at hun ikke startet meklingen med å gi domsprognose, men at hun nok tidlig i prosessen hadde påpekt at klager hadde utformet en uheldig påstand. Dommerfullmektigen understreket at formålet var kun å senke konfliktnivået for å få klager til å bli mer fornøyd med huset sitt. Videre fremholdt dommerfullmektigen at klagers krav kunne angripes på flere punkter, og

⁵³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 126

⁵⁴ NOU 1999:19 pkt. 10.6.3.2 jf. Ot.prp. nr. 44(2000-2001) s.292

⁵⁵ NOU 1999:19 pkt 10.6.3.2

⁵⁶ Ot.prp.nr.44(2000-2001) s.292

at hun hadde på samme måte som ovenfor klager, vært tilsvarende kritisk og konfronterende til motpartens argumenter.

”I denne saken gjaldt det rettsmekling, hvor dommeren ikke bare skal undersøke mulighetene for å få partene til å forlikes, men også arbeide aktivt for dette. Det er da en del av dommerens oppgave å gå inn i saken og dens enkelte detaljer, og så forsøke å finne en løsning som i størst mulig utstrekning ivaretar begge parter interesser. Ved å oppnå forlik, unngår man en etterfølgende, normalt dyr prosess i rettsapparatet, noe begge parter som regel er tjent med å slippe. Noen ganger kan det være slik at saken står bedre sett fra den ene parts side enn den andre, og da kan det være korrekt av dommeren å påpeke dette. Uansett er det slik at partene ved forlik som regel må både ”gi” og ”ta”. Begge må strekke seg for å finne en felles løsning, og det hender at en eller begge strekker seg enda litt lenger enn de opprinnelig var innstilt på. Likevel kan resultatet fremstå som mer gunstig enn om saken var blitt tatt opp til doms.”⁵⁷

Tilsynsutvalget legger til grunn at dommeren (rettsmekleren) skal opptre aktivt for å prøve å få partene til å forlikes. Akseptable grenser for rettsmeklerens aktivitet er i følge denne saken vide og angir ingen retningslinje for den øvre grense. Imidlertid uttaler utvalget noe om den tålelige grense. For eksempel kan rettsmekleren uttale at saken ”står bedre sett fra den ene parts side enn den andre”. En uttalelse som for øvrig kan oppleves som et relativt stort press for den som saken står dårlig for. Tilsynsutvalget bemerker videre at det ikke bare er anledning til, men også kan være ”korrekt”, å gjøre dette. Rettsmekling innebærer også at partene må ”gi og ta”, og til og med strekke seg noe lenger enn de i utgangspunktet hadde tenkt. Uttalelsen kan forstås slik at ”det er bedre med et magert forlik, enn med en fet prosess”.

I 2006 ble det opprettet en arbeidsgruppe for Domstolsadministrasjonen for å utarbeide et forslag til et etisk regelverk for dommere. Innstillingen ble lagt frem i 2007. Utkastet inneholdt i § 22 en særskilt regel for rettsmekling.

⁵⁷ TUsak39/05 s. 4

Bestemmelsen tilsvarte omtrentlig tvl. § 8-3(2) og tvl. § 8-5(3).⁵⁸I bestemmelsens siste ledd var det tilføyd; ”partene skal ikke utsettes for press til å inngå forlik”.⁵⁹

I mai 2009 ble et nytt forslag til etiske prinsipper for dommere fra Arbeidsutvalget sendt på høring. Det ble ikke opprettholdt en egen bestemmelse for rettsmekling.

I de etiske prinsipper pkt.3 ”Upartiskhet”, lyder siste avsnitt ”*dommeren skal aktivt legge forholdene til rette for minnelige løsninger, men partene skal ikke utsettes for press til å inngå forlik.*”(Min.uth.)⁶⁰

Den innholdsmessige forskjellen mellom tvl. §§ 8-1 (1) og 8- 5(3) og prinsipp nr. 3 i Etiske prinsipper for dommeradferd, er for det første at etter tvl. § 8-1(1) skal retten på ethvert trinn av saken *vurdere* å få den løst i minnelighet ved mekling eller rettsmekling. Ifølge tvl. § 8-5(3) skal rettsmekleren *søke* å klarlegge interesser med sikte på en minnelig løsning. Ifølge de etiske prinsippene skal dommeren *aktivt* tilrettelegge for minnelig løsning. Prinsippet gir klart signal om at dommeren skal vise interesse for konflikten og dens karakter og vise handlingskraft dersom saken er egnet til å løses ved forlik. Det etiske prinsippet gir derfor et sterkere signal enn lovteksten om å arbeide for en minnelig løsning. Prinsippet henspiller også på hvor langt dommeren kan gå i å forsøke å få partene til å forlikes; hun skal opptre aktivt, men den øvre grensen må trekkes et sted der hun utsetter partene for press. Tvisteloven inneholder imidlertid ikke noe eksplisitt forbud mot at rettsmekleren/dommeren utøver press.

⁵⁸ I stedet for ”rettsmekleren” var ordet ”dommer” benyttet.

⁵⁹ Etiske retningslinjer for dommere (2007) s. 75

⁶⁰ Etiske prinsipper for dommeratferd (2009) pkt.3

3.1 Hvor langt kan mekleren gå for å oppnå minnelig løsning?

Rettsmekleren skal ifølge tvl. § 8-5(3) bistå partene i å komme til en ”minnelig løsning”. Som ”minnelig” forstås enighet mellom partene og at løsningen ikke har vært underlagt en tredjemanns avgjørelse.

Problemstillingen er derfor hvor aktivt mekleren under meklingsprosessen kan opptre for å få partene til å forlikes, uten at hennes engasjement for å få tvisten løst går på bekostning av hensynet til partenes autonomi.

I proposisjonen understrekes viktigheten av at partene opplever at de eier løsningen og at de selv er ansvarlig for den.⁶¹

Parter som møter til rettsmekling trenger hjelp til å finne en løsning. Det foreligger derfor en balansegang mellom aktivt å virke for enighet, og samtidig sørge for at resultatet er deres eget. Meklers aktivitet for å forlike partene må derfor ligge innenfor rammen av å hjelpe partene frem til en løsning partene selv er enige om.

Mekler har flere virkemidler til rådighet for å prøve å få parter til å forlikes. Å legge press på partene for å oppnå en løsning er noe som kan forekomme i flere former og i flere grader. For eksempel kan det å gi domsprognose være et sterkt virkemiddel som for mange vil oppleves svært pressende. En mildere form for press er å peke på at tidsrammen for meklingen er i ferd med å løpe ut, og be partene raskt bestemme seg for om de vil inngå forlik under meklingen eller ikke. Sistnevnte vil sjeldent være et uakseptabelt virkemiddel, men vil avhenge av hvilken form den presenteres i.

I det følgende vil jeg først ta for meg hvordan prosessreglene sikrer partenes kontroll/selvbestemmelsesrett over det materielle saksforholdet under meklingen. Deretter

⁶¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005)s. 126

vil jeg i et eget avsnitt drøfte forlikspress da problemstillingen er omfattende. Gjennomgående vil jeg avgrense mot påvirkning fra andre deltakere, slik som advokaters virkemidler overfor partene.

3.1.1 Partskontroll

For å få mulighet til å rettsmekle må prosessforutsetningene være oppfylt. Dette innebærer at meklingen angår en rettstvist. Domstolene må for behandling av rettstvister holde seg innenfor prosessreglene. Noen av disse reglene kan sees på som rettssikkerhetsgarantier.

For å oppfylle rettsmekling som et reelt alternativ til den tradisjonelle domstolsbehandlingen og ordinær mekling, innebærer dette som nevnt innledningsvis at enkelte rettslige garantier som ellers er til stede ikke gjelder. Rettsmekling som konfliktløsningsmodell krever altså andre rammer og regler. En annen begrunnelse for unntaket er at det ikke foreligger ”behov” for samme rettslige garantier fordi rettsmekling representerer frivillighet og selvbestemmelsesrett.

Problemstillingen blir dermed i hvilken utstrekning partenes selvbestemmelsesrett blir ivare tatt gjennom resterende prosessregler.

Av lovteksten følger det ingen begrensninger i hvilke sakstyper som kan rettsmekles. En slik avgrensning vil heller ikke være hensiktsmessig, da alle saksforhold og parter er ulike. Det kan i prinsippet mekles i alle saker med fri rådighet. Det må derfor som utgangspunkt avgrenses mot de saker partene ikke kan disponere over ved avtale.⁶²

⁶² Ot.prp.nr.51(2004 -2005) s.120

I enkelte saker kan det mekles selv om partene ikke har fri rådighet over saksforholdet. For eksempel i barnevernssaker hvor partene mekler og nedlegger likelydende påstand som også blir resultatet. Men siden saken er indispositiv må retten avsi dom med en litt mer utførlig begrunnelse jf. tvl. § 19- 1(1) a) og § 19-6 (4), enn i saker med fri rådighet hvor retten hever saken ved kjennelse når partene inngår forlik, jf. tvl. § 19 – 1(2) b).⁶³

Utgangspunktet er at partene selv bestemmer hvorvidt saken skal rettsmekles. Retten beslutter i så fall dette, jf. tvl. § 8-3(1). Det er bare ved ”særlige grunner” det kan besluttes rettsmekling mot partenes vilje, jf. bestemmelsens siste setning. I forarbeidene nevnes som eksempel en domstolsprosess som vil forsterke motsetningene mellom partene, eksempelvis mellom nære slektninger. Da bør ikke mekling ligge uprøvd. Regelen er imidlertid ment å være en snever unntaksregel.⁶⁴ Det er nærmest selvsagt at mekling må være frivillig ettersom det er forutsetningen for å kunne komme til en gjensidig akseptabel løsning. Begrunnelsen er enkel; i de saker det råder avtalefrihet bør det også være frihet til selv å bestemme om saken skal mekles, eller om avgjørelsen skal overlates til retten.

I mekling er det partene som bestemmer utfallet. Konsekvensen er at partene også har ansvaret for resultatet. Dette kan sees i sammenheng med det sivilrettslige disposisjonsprinsippet som dominerer i saker med fri rådighet i domstolsprosessen. Disposisjonsprinsippet betyr at partene kan binde retten og sette rammer for avgjørelsen, jf. tvl. § 11-2 (1). Som for mekling og forlik innebærer disposisjonsprinsippet at partene selv må bære ansvar for ev. feil og forsømmelser som de begår under prosessen.⁶⁵ På samme måte som de ville måtte gjort utenfor prosess. Uavhengig av om partenes disposisjoner skyldes bevisste valg, manglende innsikt eller forglemmelse er utgangspunktet at partene må ta følgene av deres disposisjoner.⁶⁶

⁶³ Tvisteloven kommentarutgaven bind 1 (2007) s. 783

⁶⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 389

⁶⁵ Hov 1 (2007) s. 147

⁶⁶ Hov 3 (2007) s. 264

Det er likevel ikke gitt at partene skal eller bør ha samme ansvar for å ivareta sine interesser under en prosess som utenfor.⁶⁷ Det er andre regler under prosess som krever innsikt både i prosessuelle og materielle rettsregler. Tvisteloven har derfor modifisert dette utgangspunktet ved å kodifisere en adgang for retten til å gi partene materiell veiledning, jf. tvl. § 11-5 (4), (5). En såkalt materiell prosessledelse gir mulighet for å gi veiledning om materielle spørsmål.⁶⁸ I tillegg har tvisteloven videreført regelen om rettens adgang til å gi prosessuell veiledning, se tvl. § 11-5.

Mekleren ”kan ... drøfte styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon”, jf. tvl. § 8-5(3) siste punktum. At mekleren ”kan drøfte” innebærer ingen plikt til å gi veiledning i materielle spørsmål. I meklingsforhandlinger finnes det derfor ingen regler som modifiserer utgangspunktet, slik som reglene for veiledning etter tvl. § 11-5 i domstolsprosessen.

Partskontrollen er formelt ivaretatt fordi rettsmekling begrunnes i frivillighet, men autonomien er samtidig sårbar fordi ingen prosessuelle regler direkte trygger partene dersom de ikke selv kan ivareta sine interesser under meklingen. Dette gjelder om resultatet er dårligere enn hva som kunne vært oppnådd ved hovedforhandling og dom, og også dersom det inngås et forlik som ikke kan forsvares. Dette gjelder uavhengig av om resultatet skyldes partenes egne feil eller om det skyldes utenforstående som har hatt stor innflytelse i meklingsprosessen.

Det kan derfor spørres om det likevel er adgang til å gi opplysninger om rettsregler. For eksempel dersom det er store skjevheter i maktforholdet mellom partene. Det kan være en part som juridisk sett har en god sak, men han mangler kunnskap om de relevante rettsregler, og dette drar den annen part nytte av. Dersom det var lovhjemmel for å gi materiell veiledning ville det ikke vært like betenkelig å gjøre det. I enkelte tilfeller kan det fremstå som hensiktsmessig å informere om rettsregler, som i eksemplet ovenfor, hvor en

⁶⁷ Hov 3 (2007) s. 264

⁶⁸ Ibid s. 265

part muligens ikke er i stand til å ivareta sine egne interesser. I tilfeller hvor parten representeres av advokat vil betenkelighetene ved å veilede være større, da advokater forutsetningsvis skal ha kjennskap til gjeldende rett. Men dersom en advokat ikke gjør jobben sin skikkelig kan det likevel være grunn til å gi veiledning til den som har brukt penger på å ha med advokat.⁶⁹ I mer ekstreme tilfeller kan det tenkes at mekler også bør opplyse om rettsregler. Eksempelvis i en tvist hvor det under meklingen dukker opp spørsmål om diskriminering. Det kan hende saken hadde fortjent en dom pga dens prinsipielle karakter.⁷⁰ I et slikt tilfelle taler reelle hensyn for at mekler ikke bare bør ha anledning til, men også bør, gi opplysninger om relevante rettsregler for å gjøre denne part klar over sin egen rettsstilling. En rettsmekler som gir en part veiledning kan imidlertid risikere å bli oppfattet som partisk noe som kan skade meklingsklimaet.

Det kan også være partene ikke fullt ut klarer å ivareta sine interesser fordi autonomien utfordres av meklerin.

3.1.2 Forlikspres

Mekling bygger på frivillighet. Dette gjenspeiles av hovedregelen om at partene selv velger om de vil mekle, jf. en antitetisk tolkning av tvl.§ 8-3(2) i.f. Frivilligheten gjenspeiles av at hver part skal stilles spørsmål om de ønsker å delta i mekling. Slik sett har partene tatt et informert valg. Med ”informert valg” mener jeg at man er informert om konsekvensen ved å ta imot tilbudet om rettsmekling. Dette er likevel ikke helt det samme som kontinuerlig, eller total frivillighet.⁷¹

⁶⁹ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.172

⁷⁰ Nylund (2009)

⁷¹ Konfliktmegling (2006) s.292

Selv om mekling i prinsippet skal innebære frivillighet hele veien, er mekling likevel ikke så frivillig som det umiddelbart gis inntrykk av. For det første kan den som velger bort rettsmekling risikere en dyr og langvarig rettssak. For det andre har partene ved å velge rettsmekling akseptert hjelp til å finne en løsning. Dette medfølger at parter utsettes for varierende grader av påvirkning/press fra andre under meklingen.⁷² Under meklingen vil tanken på å risikere hovedforhandling og dom dersom det ikke inngås forlik også føles pressende. Dette understreker alvoret i situasjonen. Spørsmålet blir derfor om betydningen av et ”informert valg”, som grunnlag for reell frivillighet, er forenlig med press fra rettsmekleren.

Poenget med informert samtykke er ikke at parter skal ta avgjørelser helt fri fra ytre påvirkning. Reell frivillighet innebærer at partene har tilstrekkelig informasjon til å ta et veloverveid valg.⁷³

Reell og formell frivillighet kan begge forekomme i ulike grader. Reell frivillighet kan for eksempel være en part som vurderer hensyn for og i mot ulike løsninger, før han bestemmer seg. Formell frivillighet foreligger for eksempel dersom vedkommende ikke har reelle forutsetninger for å velge fritt fordi han ikke kjenner de ulike alternativene.

Som fremhevet innledningsvis er partene ikke bare opptatt av å få til en løsning, men for dem vil det også være viktig at løsningen er god, og at den er et resultat av en legitim prosess. Mekleren på sin side kan finne det hensiktsmessig å legge press på partene – i varierende grad – for å oppnå et forlik i saken. Dersom et forlikresultat uansett ”middel” er målet, er dette umiddelbart betenkelig. Det er ikke jobben hennes å presse gjennom et forlik. Det er partene selv som skal bestemme om de vil inngå en avtale. Dersom det utøvede press er tilstrekkelig stort, kan en aksept av et resultat fremstå mer som en formell enn en reell aksept.

⁷² Konfliktmegling (2006) s.291,292

⁷³ Ibid s.291,292

Rettskildematerialet er i hovedsak saker som faller inn under tvistemålsloven. Tiltross for at sistnevnte er opphevet er bestemmelsene videreført i tvisteloven. Det kan ikke utledes av tvl. § 8-5(3) om eller i hvilken grad det kan legges press på partene under meklingen. I tidsforløpet mellom rettens beslutning av rettsmekling etter tvl. § 8-3(1), og frem til partene eventuelt kommer til en ”minnelig løsning” etter tvl. § 8-5(3) første punktum, kreves det heller ikke at mekleren skal sikre at partenes reelle frivillighet er kontinuerlig. Jeg anser det derfor ikke av rettskildemessig betydning at prosesslovgivningen er noe endret med innføring av tvisteloven på dette punkt. Dette må sees i sammenheng med at grensene for akseptabel dommeradferd på dette punkt trekkes etter hva som anses som god dommerskikk. Utgangspunktet for drøftelsen vil derfor være disiplinærvedtak fra Tilsynsutvalget for dommere.

TUsak 39/05 kan illustrere grensene for akseptabel mekleraktivitet i form av å gi uttrykk for sin vurdering av svake sider ved en parts argumentasjon.⁷⁴ Tilsynsutvalgets uttalelser er tidligere sitert og jeg viser til dette på s.21. Tilsynsutvalget gir i mine øyne rettsmekleren anledning til å presse partene frem mot et forlik dersom dette alternativet fremstår som bedre enn hovedforhandling og dom. Mekleren kan altså la seg influere av at hun selv finner det riktig at partene kommer til minnelighet, på bekostning av partsopplevd press. Saken gir betydelig skjønsmessig spillerom for rettsmekleren.

Uttalelser fra TUsak 78/08 kan illustrere hvor aktivt en mekler kan opptre under forliksforhandling. Aktivitetsnivået er relativt og avhenger av hvilket stadium saken befinner seg på. Eksempelvis vil grensene være ulike om partene er under forliksforhandlinger, sett i forhold til spørsmål om forliksforhandlinger skal forsøkes. Klagen gjaldt dommeradferd for en jordskiftedommer.⁷⁵

⁷⁴ TUsak39/05s.4

⁷⁵ På dette området kan jeg ikke se at det har noen rettskildemessig betydning at saken ikke finner sted i de alminnelige domstoler, men angår en jordskiftedommer under saksforberedende møte i jordskifteretten. Saken angår ikke rettsmekling. Men idet rettsmekling kan skje i separate møter og er unntatt offentlighet, jf. tvl. §8-5(1), tilsier dette at grensene for hvor langt rettsmekleren kan gå i alle fall ikke går lengre enn i denne saken.

”En dommer skal verken utsette partene for press til å innlede forliksforhandlinger eller til i neste omgang å inngå et eventuelt forlik. En forliksinngåelse må fra partenes side være et resultat av et informert og veloverveid valg, hvor inngåelsen av et forlik har blitt vurdert å totalt sett innebære en bedre løsning enn en ordinær domstolsbehandling. En dommer må kunne fremholde fordelene ved forliksløsning, blant annet prosessrisiko, omkostningshensyn og tidsaspekt. Dommeren må imidlertid være oppmerksom på at fremstillingen av fordelene ved en forliksløsning presenteres på en balansert måte, og ikke i en form som innebærer at det legges et utilbørlig press på partene i forhold til en forliksinngåelse. Selve forliksforhandlingen vil imidlertid kunne oppleves som et press på partene, hvor begge parter må strekke seg lenger enn hva de opprinnelig var innstilt på. Dette vil ofte ligge i forhandlingenes natur og innebærer ikke nødvendigvis at dommeren har utført sitt mekleroppdrag på en uheldig måte.”⁷⁶

Ifølge uttalelsen tillates at mekleren er mer pågående og aktiv under forliksforhandlingene enn i forbindelse med å foreslå mekling for partene eller ved inngåelse av forlik. Uttalelsene må også kunne gjøres gjeldende for rettsmekling. Spørsmålet er om valg av rettsmekling også betyr at de har godtatt ulike grader av press. Noe press må det forutsetningsvis legges til grunn at de har akseptert. Selve situasjonen vil som nevnt ovenfor kunne føles pressende, jf. ”ligge i forhandlingenes natur”. I rettsmekling forutsettes at mekleren skal opptre mer aktivt og engasjert, enn en mekler under forliksforhandlinger. Idet de har akseptert hjelp fra rettsmekleren til å assistere dem frem til en løsning, kan det derfor innfortolkes at de også må regne med noe påvirkning/press fra hennes side. Det kan likevel spørres om ”informert valg” er forenlig med påvirkning/press i alle grader fra rettsmekleren.

I følge uttalelsene fra Tilsynsutvalget i ovennevnte sak skal et eventuelt forlik være et resultat av et informert og veloverveid valg. Derfor må fordelene presenteres på en ”balansert måte”, og hun har gått for langt dersom presset er ”utilbørlig”. Dette må bety at mekleren ikke skal opptre som en ”selger” for en forliksløsning fremfor rettssak. Mekler

⁷⁶ TUsak78/08 s.7

har imidlertid anledning til å påvirke parter i retning av et forlik, ved å peke på fordelene ved å komme til forliksløsningen, som å realitetsorientere om prosessrisikoen. Å presentere fordeler ved en forliksløsning kan også fremme et veloverveid valg.⁷⁷

For å sikre at en part kan ta et veloverveid valg, kan det spørres om mekleren også skal peke på ulemper eller andre løsninger som foreligger. For eksempel kan en alternativ løsning være å avslutte meklingen. Dette uttaler ikke Tilsynsutvalget seg om. Ut i fra foreliggende sak ser det derfor ut til at det ikke kreves at mekleren skal gjøre dette. Mekleren skal altså legge til grunn at partene har den informasjon som behøves til å ta et reflektert og veloverveid valg.

I enkelte situasjoner kan det imidlertid oppstå spørsmål om en part i tilstrekkelig grad er i stand til å ta et veloverveid valg. For eksempel dersom det er tvil om en part virkelig er klar over de alternative løsninger som foreligger. I slike saker bør mekler kanskje også peke på andre løsninger for å sikre at parten er i stand til å foreta et fornuftig valg. I hvilken utstrekning et slikt hensyn gjør seg gjeldende, avhenger av den konkrete tvisten og personene som er involvert. Det kan likevel sies noe generelt; dersom det er tvil om en part er i stand til å ivareta sine interesser vil det tilsi at mekleren også bør peke på de alternativer som foreligger og kanskje også på ulemper med de forskjellige løsningene. Mellom forretningspartnere, eller andre profesjonelle aktører, er det ikke sikkert dette hensynet gjør seg like sterkt gjeldende. Det samme dersom parten er representert av advokat. Men uavhengig av dette, bør meklers oppgave uansett være å bevege partene mot reell frivillighet.

Uttalelsene fra Tilsynsutvalget i saken ovenfor indikerer derfor at mekleren har et visst ansvar for i alle fall ikke å frarøve partene grunnlaget for å ta et veloverveid valg, som å selge inn en forliksløsning fremfor hovedforhandling og dom.

⁷⁷ Konfliktmegling (2006) s.292

3.1.3 Vurdering

Konsekvensen av mekling og forlik er at partene er ansvarlig for resultatet. Begrunnelsen er at partene frivillig har valgt å mekle og å inngå forlik. Det er heller ingen regler som direkte trygger partene dersom de ikke er i stand til å ivareta sine egne interesser under meklingen. Eksempelvis dersom en part har misforstått innholdet av en rettsregel.

I forarbeidene til etiske regler for dommere fremgår det av Tilsynsutvalgets praksis at dommerne må ha ”atskillig handlefrihet” i forbindelse med forliksforhandlinger.⁷⁸ Videre bemerkes at dette gjelder uavhengig av om partene, med eller uten grunn, selv opplever seg presset til å inngå forlik.⁷⁹ Det må antas at samme synspunkt kan legges til grunn for rettsmekling, jf. TUsak39/05. Reelle hensyn taler imidlertid for at rammene bør være snevrere for rettsmekleren idet rettsmekling innebærer brudd på kontradiksjonsprinsippet og er unntatt fra offentligheten, jf. tvl. §8-5(1). TUsak39/05 indikerer likevel at det skal mye til for å ilegge disiplinærvedtak pga press fra rettsmekleren.

Saker fra Tilsynsutvalget viser også at subjektiv opplevelse av press ikke er ensbetydende med at mekleren har opptrådt i strid med god dommerskikk, jf. TUsak39/05, TUsak78/08. Motsatt synspunkt ville innebære stor usikkerhet og uforutsigbarhet for mekleren om når hun har gått for langt. En øvre grense for når mekleren har gått for langt i å utøve press må derfor oppstilles etter en objektiv standard.

For å kunne bli ilagt disiplinærvedtak kreves det som nevnt at dommeren har opptrådt ”uhøvisk eller utilbørlig”.⁸⁰ I tvistelovens proposisjon fremheves hensynet til domstolenes tillit at parter ikke inngår et forlik som resultat av et ”urimelig” press.⁸¹ Etter en språklig forståelse av ordlyden skal det mindre til for å være ”urimelig” enn for å være ”utilbørlig/uhøvisk”.

⁷⁸ Etiske regler for dommere (2007) s. 73

⁷⁹ Ibid s. 73

⁸⁰ NOU 1999:19 pkt.10.6.3.2

⁸¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.114

Det etiske prinsippet legger til grunn at partene ”skal ikke utsettes for press til å inngå forlik”⁸². Det kan derfor spørres hva som skal til for å ”utsette” parter for press i forbindelse med inngåelse av en eventuell avtale. Etter en ordlydsfortolkning skal det ikke mye til for å ”utsette” parter for press.

Det foreligger derfor tilsynelatende diskrepans mellom Tilsynsutvalgets praksis, tvistelovens proposisjon og forslaget til det etiske prinsippet om den nærmere øvre grensen for akseptabelt ”press”.

At press er tillatt som virkemiddel for mekleratferd, og at prosesslovgivningen forutsetter at partene har selvbestemmelsesrett, gjør partene sårbare dersom autonomien utfordres. Press vil kunne influere partenes reelle kontroll over saken.

Som det fremgår i drøftelsen vedr. TUsak78/08 ovenfor legges det til grunn at ”informert valg” strekker seg til å omfatte press. Spørsmålet er om ”informert valg” omfatter alle grader av press fra rettsmekleren. Dette kan det neppe svares bekræftende på. Det kan for eksempel neppe anføres at en part som velger rettsmekling dermed har godtatt alle grader av press opp til ”utilbørlig/uhøvisk” atferd fra rettsmekleren. Hvor mye rettsmekleren kan påvirke/presse på bakgrunn av ”informert valg” er en skjønnsmessig grense som er vanskelig å trekke. Det foreligger derfor også uoverensstemmelse mellom betydningen av ”informert valg” som grunnlag for reell frivillighet, og Tilsynsutvalgets praksis for hva som menes med akseptabelt press. I hvilken grad partenes autonomi/rettssikkerhet ivaretas, avhenger derfor i stor grad av den enkelte rettsmeklers skjønnsmessige håndtering av den konkrete sak.

Idet mekler kan påvirke parter, mer eller mindre - eksplisitt eller implisitt, er det fare for at meklers tydelighet kan influere på resultatet. Noe press bør kunne aksepteres da det er en

⁸² Etiske prinsipper for dommeratferd pkt.3(2009)

konsekvens av at man har akseptert hjelp til å finne en løsning. Likevel er det betenkelig at partene ikke er bedre beskyttet mot press fra rettsmekleren. Én mulig grunn til at den øvre grensen for meklerens adgang til å utøve press under rettsmeklingen ikke er uttalt av Tilsynsutvalget, kan være fordi rammene er så vide at det er vanskelig å overprøve meklerens skjønnsmessig vurderinger. En annen grunn er at det kan være vanskelig å skille mellom situasjonsbestemt press og faktisk utøvd press fra rettsmekleren. En tredje grunn kan være at det er vanskelig å gradere press etter en objektiv standard. Det oppstår også vanskelig bevissspørsmål.

Det ligger en balansegang mellom hensynet til dommerens rettssikkerhet og hensynet til en legitim prosess. Dersom det stilles for strenge krav for å utløse disiplinærvedtak kan det gå på bekostning av hensynet til tilliten til dommerne/domstolene.

3.2 Hvor langt kan mekleren gå i å klarlegge partenes interesser i konflikten?

Problemstillingen er hvor langt mekleren kan gå for å prøve å avdekke partenes interesser i konflikten. Svaret beror på hvordan tvl. § 8-5(3) første punktum skal forstås; rettsmekleren skal ”søke å klarlegge partenes interesser i tvisten med sikte på en minnelig løsning”.

Tvistemålsutvalgets forslag lød slik; ”virke for minnelig løsning”.⁸³ Departementet ønsket å endre ordlyden for å gi et mer dekkende bilde av innholdet i en interessebasert meklingsprosess.⁸⁴

”Interesser” må forstås som noe mer enn «sakens opplysninger» etter tvl. § 21-4(1).⁸⁵ Lovtekstens ordlyd gir ingen nærmere veiledning for hvilke interesser som kan frembringes. Det er heller ikke foretatt noen avgrensning, slik at alt fra juridiske interesser

⁸³ NOU:2001-32B s. 722

⁸⁴ Ot.prp.nr.51(2004 – 2005)s.125, 126

⁸⁵ Konflikt, meklings og rettsmekling (2008) s. 203

– som rett til å få en gjenstand overlevert til seg, eller å få anerkjennelse i form av en unnskyldning - omfattes av begrepet.

Mekleren skal altså klarlegge partenes interesser. Dette samsvarer således med Riskins definisjon av bred tilnærming til saken. Hvor langt mekleren kan gå i å avdekke interesser, beror i meklingsteori på hvilken meklingsstil som anses for å være den mest hensiktsmessige. Jeg viser til skillet mellom virkemidlene for den evaluerende og tilretteleggende mekleren på s.11 og 12.

Etter bestemmelsens ordlyd fremstår begrunnelsen for å klarlegge partenes interesser som et middel i målsettingen om å oppnå en avtale. Å klargjøre partenes interesser er ikke et mål i seg selv, men for å lette fremdriften mot en avtale. En slik fortolkning av gjeldende rett berømmer ikke fokus på interesser særskilt. Å trekke inn andre forhold skal derfor som utgangspunkt tjene til en raskere avklaring av saken. Dette må bety at det er tilstrekkelig av mekleren å oppfordre partene til å komme med sine interesser og behov, samt å legge forholdene til rette som å ha særmøte med en eller begge parter. Det kreves imidlertid ingen kraftanstrengelse fra mekler dersom dette ikke fører fram. Lovteksten trekker derfor bare en nedre grense for meklers aktivitetsnivå.

I bemerkningen til bestemmelsen er imidlertid meklerens oppgaver med hensyn til å klarlegge partenes interesser nyansert noe:

”Herunder skal rettsmekleren bidra til å klarlegge tvisten og partenes holdninger, klarlegge de interesser partene har i konflikten, mulige videregående interesser i en minnelig løsning, eventuelt en løsning som også trekker inn andre forhold mellom partene, og generelt fremme kommunikasjon mellom dem.”⁸⁶

⁸⁶ Ot.prp.nr. 51(2004 – 2005) s. 390

Det kan se ut til at mekleren *skal* gå et stykke inn i konflikten for å prøve å avdekke partenes interesser før hun eventuelt konstaterer at det ikke er grunnlag for å trekke inn nye forhold.

Det fremstår likevel uklart i hvilken utstrekning rettsmekleren kan spørre/”grave” for å finne bakenforliggende interesser.⁸⁷ En tolkning av bemerkningen til bestemmelsen gir imidlertid en viss veiledning; adgangen er relativt vid idet mekleren gis rom til å klarlegge ”videregående interesser”,⁸⁸ og en ”løsning som også trekker inn andre forhold”.⁸⁹ Det må i alle fall bety at rettsmekleren kan benytte teknikker som gjør at partene blir oppmerksomme på og forstår sine egne interesser og behov. Det kan være å stille hypotetiske spørsmål som; ”Hva ønsker du å få ut av meklingen?” eller grunnen til at det er forlangt et bestemt pengebeløp.⁹⁰ Det kan også være å benytte særmøte for å gjøre en eller begge parter tryggere i å komme opplysninger.⁹¹ Mao. virkemidler som faller inn under den tilretteleggende meklingsmodellen. Det kan spørres om rettsmekleren kan gå et skritt lenger som å stille enda mer direkte spørsmål. Eksempelvis dersom partene ikke avdekker andre interesser enn rent juridiske. Kanskje mekleren utspør et firma om den egentlige grunnen til at de ikke vil godta et erstatningskrav. Hun kan til og med komme til å spekulere i hva som er de egentlige interessene; ”er grunnen til at dere ikke ønsker å innrømme et erstatningskrav fordi dere er engstelige for å tape renommé?”⁹² Altså virkemidler som faller inn under den evaluerende meklingsstilen for å avdekke de ”egentlige interesser” i konflikten.

⁸⁷ Anna Nylund (2009)

⁸⁸ Ot.prp. nr.51(2004-2005) s. 390

⁸⁹ Ibid s. 390

⁹⁰ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 200

⁹¹ Ibid s. 201

⁹² Riskin (1996) s.30,31

3.2.1 Vurdering

Verken lovteksten eller forarbeidene angir en øvre grense for hvor langt rettsmekleren kan gå i å prøve å få avdekket partenes interesser. Dersom man ser lovteksten og forarbeider under ett, er det mye som trekker i retning av at mekleren heller ikke behøver å gjøre mye for å prøve å avdekke interesser. Mekler kan imidlertid ikke la være å prøve å avdekke underliggende interesser i saken og overlate ”alt” som har med det materielle i saken til de øvrige deltakerne. Dette kan forankres både i tvl. § 8-5(3), proposisjonen og jf. TUsak 39/05.⁹³ Det gis heller ikke anvisning på når og til hvilke formål det er tilrådelig å benytte fellesmøter eller særmøter for å avdekke interesser.

Å grave/spørre kan utfordre partenes autonomi, men er i utgangspunktet mindre betenkelig enn å presse parter mot et bestemt resultat etc. Ved å avdekke interesser kan foruten å lette fremdrift mot en avtale, interessene benyttes til å finne gode løsninger for partene. I ”forarbeider” til de etiske prinsipper uttales imidlertid at mekleren må vis respekt for hvor mye partene vil fortelle om saken og underliggende interesser.⁹⁴

3.3 I hvilken utstrekning kan mekleren gi uttrykk for sin vurdering av partenes argumenter?

Problemstillingen er i hvilken utstrekning rettsmekleren kan vurdere partenes argumenter. Her kan tenkes flere alternativer; i hvilken utstrekning kan mekleren peke på prosessrisiko, slutte seg til eller motsi partenes argumentasjon, og i forlengelsen – spørsmålet om det kan gis domsprognose.⁹⁵ Dette beror på hvordan innholdet i tvl. § 8-5(3) annet punktum skal forstås; rettsmekleren kan ”drøfte styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon”.

⁹³ Ot.prp.nr.51(2004-2005)s.390

⁹⁴ Etiske regler for dommere (2007) s.76

⁹⁵ Bernt-Hamre (2005) s. 78

Tvistelovens regel åpner for en evaluerende anlagt meklingsstil, mens forarbeider gir uttrykk for at rettsmekleren bør vise tilbakeholdenhet.⁹⁶ Tvistemålsutvalgets forslag lød; mekleren kan ”gi uttrykk for styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.”⁹⁷ Det kan spørres om omformuleringen fra ”gi uttrykk for” til ”drøfte” er ment å innebære en realitetsforskjell. Departementet gir tilslutning til at mekleren skal kunne ”gi uttrykk for” styrke og svakheter i partenes rettslige og faktiske argumentasjon. Endringen i ordlyden indikerer likevel at rettsmekleren skal moderere sine utspill om sakens sider. Departementet gir også generelle signaler om at rettsmekleren som utgangspunkt skal ha en mer tilbaketrukket rolle under meklingen enn det tvistemålsutvalget foreslo.⁹⁸

3.3.1 Domsprognose

Lovtekstens ordlyd setter isolert sett ikke forbud mot å gi domsprognose. Forarbeidene fremhever derimot viktigheten av at rettsmekleren ikke uttrykker seg på en måte som av partene kan oppfattes som et sannsynlig domsresultat. Ettersom det mangler bevisførsel og prosedyre, slik det er ved hovedforhandling og dom, vil det å gi uttrykk for et sannsynlig domsresultat være å gi prognose på et svakt grunnlag. Departementet uttrykker derfor at dersom partene oppfatter meklers vurderinger som en domsprognose, kan dette på sikt svekke rettsmeklingens legitimitet.⁹⁹ Det er også sannsynlig at en domsprognose vil oppleves pressende for partene.¹⁰⁰

Evalueringsrapporten bemerker at parter virker lydhøre for meklers vurderinger og prognoser, og det viser seg at parter ofte retter seg etter dette. Evalueringsrapporten

⁹⁶ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.126

⁹⁷ NOU:2001-32 B s.722

⁹⁸ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s. 126

⁹⁹ Ibid s.126

¹⁰⁰ Ibid s. 126

konkluderer derfor med at mekler ikke bør gi domsprognoser. Antagelig betyr det også at rettsmekleren ikke bør tilkjennegi hva som anses for å være et rimelig resultat. Det ser ut til at parter ofte ikke skiller mellom juss og rimelighet.¹⁰¹

Til tross for at departementet uttrykker fare for at partene kommer til en minnelig løsning på uriktige premisser, fremholdes samtidig at det i enkelte tilfeller kan være riktig å gi en domsprognose¹⁰².

Som eksempel nevnes saker i tingretten hvor en eller flere av partene møter uten advokat og det fremstår for rettsmekleren klart hvem som ville vunnet ved en eventuell dom. I en slik situasjon vil domsprognose kunne bidra til at en eventuell uvillig part får et mer realistisk syn på sin egen sak.¹⁰³

Etter gjeldende rett kan det gis domsprognose. I proposisjonen gis det imidlertid signaler om at adgangen bør reserveres til særlige tilfeller, jf. ”departementet vil ikke utelukke at det i noen tilfeller kan være riktig å gi en domsprognose”.¹⁰⁴ Som det fremgår av eksemplet gitt i proposisjonen må det forutsettes at faktum er tilstrekkelig klart og at jussen er klar i det konkrete tilfellet.¹⁰⁵ M.a.o. må det fremstå som forsvarlig i den konkrete situasjonen.¹⁰⁶

Lovtekstens ordlyd, isolert sett, stenger altså ikke for å gi domsprognose. En antitetisk slutning tilsier derfor at det er tillatt dersom det vil lede frem til et forlik. I proposisjonen gis det imidlertid signaler om at det må foretas en sammensatt vurdering i det konkrete tilfellet. Det pekes på hensynet til rettsmeklingens legitimitet på sikt, og at det derfor er viktig at partene ikke oppfatter prognosen som et pressmiddel eller at avtalen inngås på

¹⁰¹ Knoff (2001) s. 125

¹⁰² Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.126

¹⁰³ Ibid s. 126

¹⁰⁴ Ibid s. 126

¹⁰⁵ Ibid s. 126

¹⁰⁶ Bernt-Hamre (2005)s. 80

uriktige premisser.¹⁰⁷ Ifølge en slik forståelse foreligger det diskrepans mellom lovtekstens ordlyd og forarbeidene. Dersom de ulike hensynene i lovtekst og forarbeider trekkes sammen i en helhetsvurdering for om det bør gis domsprognose, vil det måtte foretas en avveining om det fremstår som formålstjenlig for å oppnå avtale og hensynet til at partene opplever det som legitimt.¹⁰⁸ Lovtekstens ordlyd veier imidlertid tyngst dersom hensynene etter en harmonisering fremstår som uforenlige i det konkrete tilfellet.

Verken lovtekst eller forarbeider setter rammer for *når* i meklingsprosessen det er adgang til å fremsette domsprognose. Da det i følge proposisjonen må fremstå som forsvarlig i det konkrete tilfellet, må dette innebære at rettsmekleren har et klart bilde av juss og faktum, og det må derfor antas at det har gått en viss tid. Dersom rettsmekleren uttaler seg om sannsynlig domsprognose i åpningsfasen på bakgrunn av det som fremkommer i stevning og tilsvar, vil jeg anta at dette vil være i strid med proposisjonens intensjon. For det første vil det neppe være forsvarlig. For det andre vil det kunne oppleves svært pressende. For det tredje kan det stilles spørsmål ved om det i det hele tatt kan kategoriseres under betegnelsen mekling, selv ikke engang for den mest evaluerende meklingsstil.

Det kan spørres om det er tillatt å gi en vurdering av saken dersom partene ber om det. Mht til partenes selvbestemmelsesrett er det ikke like betenkelig om mekler gir uttrykk for sitt syn. Kovach og Love mener at dersom partene selv ber om en evaluering – selv om det er i slutfasen – så har mekler gått utenfor det som kan betegnes som mekling.¹⁰⁹ I mine øyne er det ikke tvilsomt at saken da er over i en grensesone til ENE eller ikke-bindende voldgift dersom partene oppfatter meklers vurdering som en domsprognose. I så fall har rettsmekling fått en ny dimensjon hvor mekler har fått en annen rolle som tvilsomt har vært lovgivers intensjon.¹¹⁰

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.126

¹⁰⁸ Bernt-Hamre (2005) s.80

¹⁰⁹ Kovach and Love (1998) s.79

¹¹⁰ Ot.prp.nr.51(2004 – 2005) s.132, s. 17

3.3.2 Vurdere partenes argumentasjon

Idet lovteksten tillater mekler å ”drøfte” partenes argumentasjon må dette innebære at mekler kan vurdere de enkelte argumentene konkret. Dette er prinsipielt noe annet enn å gi domsprognose, men veien mellom å gi vurdering og å gi domsprognose kan være kort. Det kan være lett samtidig å gi uttrykk for hva man selv mener om saken. Det er heller ikke til å komme fra at mange parter vil trekke en konklusjon ut fra meklers vurdering av argumentene, og dermed danne seg en oppfatning om hva de tror rettsmekleren mener er et sannsynlig resultat ved en eventuell dom.¹¹¹ Mekler bør derfor presisere at hun ikke mener å gi uttrykk for hva som er et sannsynlig domsresultat i saken.¹¹²

Det kan spørres om hva som ligger i at rettsmekleren kan drøfte partenes ”faktiske argumentasjon”, jf. tvl. § 8-5(3) i.f. Uttrykket kan henspille på flere formål. Eksempelvis kan en mekler med et snevert anlagt perspektiv stille spørsmål ved om de angivelige rettsfakta kan bevises i en eventuell rettssak for å realitetsorientere en part. Å drøfte partenes faktiske argumentasjon kan for eksempel også være hensiktsmessig for å orientere en part om at motparten trolig ikke vil være enig i den samme virkelighetsbeskrivelsen. Dette kan bevisstgjøre parten om at de neppe vil bli enige om tidligere hendelsesforløp - for å rette fokus mot framtiden. Lovforarbeidene gir heller ingen klare signaler på hvilke(t) formål rettsmekleren skal ha for øye når han drøfter partenes faktiske argumentasjon.

Når det gjelder å drøfte en parts rettslige argumentasjon kan det være hensiktsmessig av rettsmekleren i saker hvor en part er selvprosederende å opplyse om innholdet av en rettsregel. Dette dersom parten ikke har forstått innholdet, og det i følge rettskildematerialet er klart hva regelens innhold er.¹¹³ Jeg viser imidlertid til tidligere drøftelse vedrørende adgang til å gi materiell veiledning på s.26 og 27.

¹¹¹ Bernt-Hamre (2005) s. 81

¹¹² Ibid s. 82

¹¹³ Ibid s. 82

På den ene siden – selv om en part står juridisk svakt i sin sak, hvilken rolle spiller rettsregler?¹¹⁴ Som det fremgår tidligere åpnes det for at mekleren kan gi domsprognose.¹¹⁵ Dette taler for at rettsregler spiller en rolle. På den andre siden følger det også av proposisjonen at rettsmeklerens oppgaver bl.a. er ”å søke å få fram partenes interesser i saken utover det rent rettslige”.¹¹⁶ Bemerkningen tilsier at rettsregler ikke behøver å ha innflytelse i meklingen, men den sier ikke noe om hvilken relevans rettsregler skal ha i forhold til interesser hvis først rettsregler er tema under meklingen. Etter gjeldende rett kan det derfor ikke konkluderes bastant på hvilken rolle rettsregler skal ha.

En fordel ved å fokusere på bruk av ikke-rettslig argumentasjon er at området for å finne kreative kombinasjonsmuligheter eller ulike konfliktløsningspakker utvides.¹¹⁷ En annen fordel ved ikke å fokusere på rettsregler er å søke å bedre relasjonen mellom partene.¹¹⁸ Bruk av rettsregler kan imidlertid tjene som et objektivt kriterium for en rimelighetsstandard. Dette betinger imidlertid at partene selv finner rettsregler som en rimelig standard. Poenget med objektive standarder i interessebasert mekling er at eventuell løsning skal være lettere å akseptere fordi den fremstår som rimelig.¹¹⁹

Mekler skal altså klarlegge partenes interesser, og kan drøfte partenes rettslige argumentasjon. Hvilken tilnærming hun velger – snever eller bred tilnærming – kan være avgjørende for hvordan tvisten løses.

Selv om både lovteksten og forarbeidene er uklare, og det ikke er tatt standpunkt til forholdet mellom krav og interesser, kan TUsak 39/05 illustrere hvor langt dommeren kan gå i å gi uttrykk for sitt syn på partenes juridiske sider av argumentasjonen. Saken er

¹¹⁴ Nylund (2009)

¹¹⁵ Ot.prp.nr.51(2004-2005)s.126

¹¹⁶ Ibid s.390

¹¹⁷ Gjelsvik (2000) s. 48

¹¹⁸ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s.34

¹¹⁹ Austbø (2006) s.53

tidligere omtalt i korthet og Tilsynsutvalgets uttalelser allerede sitert. Jeg viser til dette på s.21.

Etter Tilsynsutvalgets uttalelser i saken kan rettsmekleren gå langt i å gi uttrykk for sin egen vurdering av sakens sider, både i å slutte seg til og å motsi argumenter.

Uttalelsene viser også at det kan være ”korrekt” av rettsmekleren å gi uttrykk for sin vurdering av rettslige krav og standpunkter, som må bety at rettsregler spiller en rolle ved rettsmekling.

I saken vektlegges partenes interesse i å få tvisten forlikt under rettsmekling for å unngå at saken bringes videre til hovedforhandling og dom, altså av prosesshensyn. Spørsmålet for meg er om den sterke motivasjonen i å forlikes var partenes eller om interessen var rettsmeklerens og om hun overførte sin egen interesse til partene som om den var deres. I utgangspunktet kan dette være en akseptabel begrunnelse for at mekler velger en snever og evaluerende anlagt meklingsstil i saker hvor det er klart at den ene parten ikke vil nå fram ved en eventuell dom.¹²⁰ Saken er et eksempel på hvor det å gi uttrykk for svake sider ved en parts argumentasjon oppfattes som en domsprognose. Klageren var åpenbart ikke fornøyd med resultatet og følte seg presset og lurt av en partisk dommer til å inngå forliket.¹²¹ Som påpekt av departementet bør det ikke være et vanlig virkemiddel at rettsmekleren uttrykker seg på en måte som kan oppfattes som en domsprognose.¹²² Jeg undres om ikke klagers misnøye kunne vært unngått dersom rettsmekleren ikke hadde gitt uttrykk for sin vurdering av saken, eller om hun hadde ventet med å gi uttrykk for sin egen vurdering av sakens sider til andre virkemidler var prøvd.

Etter gjeldende rett sondres det ikke i tid for når det er tillatt å drøfte partenes argumentasjon. Å drøfte partenes argumentasjon må bety å gi en saklig og objektiv vurdering av sakens sider. Derfor er det i utgangspunktet ikke like betenkelig å gjøre dette

¹²⁰ Ot.prp.nr.51(2004-2005)s.126

¹²¹ TUsak 39/05 s. 2

¹²² Ot.prp.nr.51(2004 -2005) s.126

relativt tidlig i meklingsprosessen. På den andre siden har evalueringen vist at parter ofte ikke skiller mellom domsprognose og vurdering av sakens sider.¹²³ En de lege ferenda betraktning tilsier at mekler bør vente til etter et visst tidsforløp med å gi uttrykk for en vurdering fordi det må være forsvarlig etter forholdene.

Det kan her trekkes grenser mellom å gi uttrykk for svake og sterke sider ved partenes argumentasjon i åpningsfasen, under selve rettsmeklingen, og dersom partene ikke selv finner fram til noen løsning, om rettsmekleren da kan gi uttrykk for sin vurdering av partenes argumentasjon for å forsøke å få partene til å forlikes. Da gjeldende rett åpner for fleksibilitet, bør antagelig rettsmekleren vente med eventuelt å gi uttrykk for sine vurderinger av sakens sider i lys av hvordan meklingsprosessen utvikler seg. Rettsmekleren vil kunne tilegne seg bedre innsikt i konflikten ettersom meklingen skrider fram, og hun vil derfor etter noe tid ha bedre forutsetninger for å gi for partene signaler om argumentenes holdbarhet, og å tilpasse formuleringen til situasjonen. Rettsmekleren bør derfor avstå fra å gi uttrykk for sine egne vurderinger tidlig i fasen, da det kan svekke partenes autonomi og oppfattes som en domsprognose gitt på et svakt grunnlag.¹²⁴

Det kan også stilles spørsmål ved om mekler kan delta mer aktivt i drøftelser av partenes argumentasjon i separate møter enn i fellesmøter. Jeg vil anta at adgangen er større da motparten ikke er tilstede og det skal antagelig noe mer til før hun risikerer å bli ansett for å være partisk.

Dersom først rettsmekleren kan vurdere argumentenes sterke og svake sider, bør hun også kunne gjøre det ”mindre” som å peke på prosessrisikoen ved ulike sider av saken. Ifølge evalueringsrapporten er det mindre betenkelig om mekleren påpeker svake sider ved en parts argumentasjon. En slik innfallsvinkling kan virke positivt i den forstand at en realitetsorientering kan få en part til å dempe sine forventninger til utfallet ved en eventuell dom, dermed bidra til å klargjøre prosessrisikoen, og parten kan derfor bli mer interessert i

¹²³ Knoff (2001) s.125

¹²⁴ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 103, 104

å forlike saken. Siden erfaringene viser at en slik formulering lett kan bli oppfattet som en prognose kan rettsmekleren, hvis riktig formulert, gjøre det klart at påpekningen gjelder deler av saken og ikke noe om det samlede ufall.¹²⁵ I TUsak 39/05 ble ikke rettsmeklerens påpekninger av klagers svake sider oppfattet som kun en realitetsorientering, men som en domsprognose. Klagers misoppfatning kunne muligens vært unngått dersom rettsmekleren hadde presisert at vurderingen ikke var ment å være et uttrykk for et sannsynlig domsresultat.

3.3.3 Vurdering

Gjeldende rett åpner altså for at rettsmekleren kan vurdere partenes argumentasjon og gi domsprognose. Sistnevnte skal ifølge proposisjonen ikke være et vanlig virkemiddel.¹²⁶ Dersom mekler gir domsprognose, men partene ikke kommer til enighet og saken kommer opp til doms, kan mekleren ha skapt en betydelig fallhøyde for seg selv og for domstolene dersom avgjørelsen går i motsatt retning av det hun ga uttrykk for.¹²⁷ Hvis partene derimot retter seg etter en domstolsprognose kan det medføre at rettsmekling blir et institutt som preges av at partene får en dom uten bevisførsel og prosedyre. Dette vil uthule rettsmekling som et meklingstilbud.¹²⁸

Gjeldende rett skiller heller ikke på når i tid og rom det er tillatt av mekler å drøfte partenes argumentasjon eller gi domsprognose. Det må kunne sies at en tidlig domsprognose står svakere enn dersom meklingen har pågått lenge. Som TUsak 39/05 viser, og forarbeidene påpeker, kan det å motta vurdering eller en domsprognose føles pressende.¹²⁹

¹²⁵ Knoff (2001) s.125

¹²⁶ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.126

¹²⁷ Austbø (2006)s.151, 152

¹²⁸ Bernt – Hamre (2005) s. 81

¹²⁹ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.126

Dersom rettsmekleren mener faktum og juss er klar, og mekler gir uttrykk for dette, fremstår hovedforhandling og dom i utgangspunktet som et bedre alternativ enn rettsmekling. Dette av hensyn til partenes opplevelse av en rettferdig prosess og av hensyn til rettsmeklingens legitimitet. Det vil som regel være enklere å slå seg til ro med en avgjørelse av retten, enn å presses til å inngå et forlik som ligger i nærheten av det som ville vært et sannsynlig domsresultat og som man ikke selv er enig i. Men rettsmekleren kan ved å fokusere på interesser fremfor rettslig argumentasjon avdekke om det kan være andre forhold som likevel tilsier at meklingen bør fortsette. For eksempel dersom partene skulle ønske en løsning som inkluderer et fremtidig samarbeid.

I en de lege ferenda betraktning kan det trekkes frem flere hensyn mot at mekleren er for evaluerende. En skole av meklingsekspertene hevder at dersom mekler gir sterke signaler eller føringer for hvordan resultatet bør bli, kan det svekke meklingsklimaet og gi dårligere forlik. Det fremheves at partene har bedre innsikt i konflikten enn det én tredjemann har. Partene har derfor bedre forutsetninger for å finne gode løsninger for seg selv.¹³⁰ Forlikavtalen vil således motivere til etterlevelse.¹³¹

3.4 Hvor langt kan mekleren gå i å delta i utforming av løsningsforslag?

Spørsmålet er om, og i så fall i hvilken grad, rettsmekleren kan delta i utformingen av forslag til løsning. I Tvistemålsutvalgets forslag var det inntatt følgende formulering; ”rettsmekleren kan fremsette forslag til løsning”¹³². Departementet ønsket å dempe rettsmeklerens rolle noe og gjeldende lovtekst lyder slik; ” rettsmekleren kan peke på forslag til løsning”, jf. tvl. § 8-5(3) annet punktum.

¹³⁰ Moore(1996) s.74

¹³¹ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s. 283

¹³² NOU: 2001- 32B s. 722

Om departementets språklige endring av ordlyden innebærer noen nevneverdig praktisk betydning er ikke sikkert.¹³³ Ved første øyekast er ikke betydningen av omformuleringen stor.¹³⁴

En ren språklig fortolkning av lovtekstens ordlyd må bety at mekleren ikke kan fremsette helt selvstendige løsningsforslag. Sett i kontekstuell sammenheng med tvl. § 8-5 (3) første setning, indikerer ordet ”peke på” at forslaget må bygge på opplysninger som har fremkommet i meklingen, og at eksempelvis mekler ikke selv har kommet på ideen ut i fra personlig erfaring fra tilsvarende saker. Dersom mekler åpner meklingen med et forslag om at saken kan forlikes ved at en part ber om unnskyldning til den andre, fordi hun har erfart at i saker mellom nære familiemedlemmer så er dette den riktige og gode løsningen, må dette ligge utenfor ordlyden. På den annen side er uttrykket vagt og gir ingen retningslinje for hvor nært eller fjernt forslaget må være i forhold til de opplysninger som fremkommer.¹³⁵ Det kan for eksempel være at en part gir uttrykk for ikke å ha blitt respektert og hørt, men uten at han selv eksplisitt legger opp til en løsning i retning av at motparten kommer med en unnskyldning. Det kan spørres om rettsmekleren, hvis hun foreslår en løsning som går ut på at motparten ber om unnskyldning, holder seg innenfor å ”peke på” eller om hun beveger seg utenfor ordlydens rammer.

Departementet fremhever evalueringsrapportens resultat som viser at selvstendige forslag fra rettsmekleren lett kan bli oppfattet som sannsynlig domsutfall i en rettssak, og at partene vil oppleve forslag fra mekleren som et visst press.¹³⁶ Da det å delta i utformingen av løsningsforslag kan være å gå et skritt lenger enn å vurdere partenes argumentasjon blir problemstillingen alvorligere med tanke på rettsmeklingens legitimitet.

¹³³ Tvisteloven kommentarutgave bind1(2007) s. 372

¹³⁴ Bernt – Hamre (2005) s. 84

¹³⁵ Nylund (2009)

¹³⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 126

Departementet uttaler i merknadene til bestemmelsen at rettsmekleren ikke kan fremsette egne løsningsforslag.¹³⁷ Standpunktet nyanseres imidlertid av departementet tidligere i proposisjonen:

”Det er i utgangspunktet partene selv som bør finne fram til løsning av tvisten, og meklers rolle er å bistå partene å finne fram til denne. Rettsmekleren bør også kunne peke på forslag til minnelig løsning. Det kan være naturlig at rettsmekleren bistår partene i å utvikle forslag til løsning basert på partenes egne forslag. Også der partene selv ikke har satt fram løsningsforslag, bør rettsmekleren kunne peke på en mellomløsning basert på det partene særlig har vært opptatt av under meklingen.”¹³⁸

For å klarlegge hva som er ment med omformuleringen i lovteksten må proposisjonen fortolkes. Departementet ønsker som nevnt å gi signaler om at meklers aktivitet bør modereres. Men dersom man går nærmere inn på de enkelte utsagn i proposisjonen, kan det spørres om ikke meklers adgang til å fremsette løsningsforslag likevel er ganske stor. Rettsmekleren kan for det første bistå partene i å utvikle forslag til løsning basert på de forslag som partene selv kommer med. Dette må bety at rettsmekleren kan komme med forslag til endringer og justeringer.¹³⁹ Mekler kan for eksempel komme med forslag til tilpasninger dersom en løsning er lite praktisk gjennomførbar. Videre kan rettsmekleren fremsette forslag til en mellomløsning ut i fra de interesser som partene har vært særlig opptatt av under meklingen. Det må innebære at mekler kan fremsette forslag når partene ikke selv har kommet med løsningsforslag. For det andre må en ”mellomløsning” bety at begge parter interesser må tilgodeses i forslaget. Eksempelvis kan meklere komme med forslag om prisavslag i stedet for å heve kjøpet. Dette vil være en skånsommere løsning for selgeren, og kjøperen får i alle fall en viss kompensasjon. I realiteten vil dette si at adgangen til å fremsette forslag er sammenfallende med tvistemålsutvalgets forslag.¹⁴⁰

¹³⁷ Ot.prp. nr. 51 (2005 – 2005) s. 390

¹³⁸ Ibid s.126

¹³⁹ Bernt – Hamre (2005) s. 84

¹⁴⁰ Ibid s. 84

Betydningen av departementets uttalelser skal likevel ikke undervurderes. Tiltross for at endringen i lovteksten nok er subtil, har lovgiverne i proposisjonen erkjent at det er enkelte farer forbundet med å gi rettsmekleren adgang til en altfor evaluerende anlagt meklingsstil. Det er partene selv som skal komme med løsningsforslag, og rettsmeklerens adgang til å fremsette forslag skal være subsidiær.¹⁴¹

Sondringene gjort av departementet sender flere signaler. Meklers aktivitetsnivå mht til å delta i utforming av løsningsforslag bør avpasses i tid og rom. Rettsmekleren bør gi partene anledning til selv å komme med løsningsforslag. Dersom prosessen stagnerer og partene ikke selv kommer med ideer til forslag, kan mekleren bli mer aktiv.¹⁴²

Idet departementet åpner for at mekleren kan fremme løsningsforslag når ikke partene selv gjør det, innebærer dette at det bør være en ”mellomløsning basert på det partene særlig har vært opptatt av under meklingen”.¹⁴³ Dette omfatter to ulike forhold. Rettsmeklerens løsningsforslag bør ligge innenfor de interesser partene særlig har vært opptatt av. For det andre har rettsmekleren lite kjennskap til hvilke interesser som partene har før det har gått noe tid, dvs. at løsningsforslaget først kan fremsettes etter et visst tidsforløp. Dette sikrer at partene får mulighet til å fremsette forslag ut ifra egne interesser og behov. I proposisjonen fremheves viktigheten av at mekleres opptreden i størst mulig grad bør gjennomføres slik at partene opplever at løsning er deres egen. Det vil kunne forhindre at partene oppfatter mekler som en garantist for resultatets rettslige holdbarhet og godhet.¹⁴⁴

TUSak 30/04 (forliksforhandlinger) indikerer at det neppe er i strid med god dommerskikk at mekler kommer med forslag til løsning. Det ble ikke anvendt disiplinærvedtak. Klager følte seg sterkt presset av bl.a. dommeren fordi hun angivelig skal ha presset ham til å

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 51 (2004 - 2005) s. 126, se også Bernt – Hamre (2005) s. 84

¹⁴² Bernt – Hamre (2005) s. 84

¹⁴³ Ot.prp. nr. 51 (2004 – 2005) s.126, se også Bernt – Hamre (2005) s. 84

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 126

akseptere en løsning som dommeren fremsatte. Løsningen innebar at han måtte oppgi en større del av et jordstykke. Til dette uttaler Tilsynsutvalget:

”På bakgrunn av de foreliggende opplysninger er det utvalgets oppfatning at dommeren ikke har gått utenfor rammen av den handlefrihet m.h.t. fremgangsmåte m.v., som en dommer har i slike situasjoner.”¹⁴⁵

Som det fremgår under avsnittet om forlikspress, kan det se ut til at dersom partene først begir seg inn i mekling har de også godtatt at mekleren kan komme med forslag til løsning. Av faktum fremstår det som uklart om dommeren kom med et selvstendig forslag til løsning, eller om hun skisserte ulike forslag til løsninger basert på det som hadde kommet frem under forliksforhandlingene. Dette har ikke Tilsynsutvalget kommentert nærmere. Uttalelsen sitert ovenfor må derfor forstås slik at uavhengig av tid og rom, så er det akseptabelt av mekleren også å fremsette egne forslag til løsning.¹⁴⁶ Grensen kan imidlertid være overskredet dersom forslaget ikke anses for å være tilstrekkelig upartisk eller nøytralt.¹⁴⁷

Som drøftet ovenfor åpner gjeldende rett i betydelig grad for at mekler kan fremsette egne løsningsforslag under visse forutsetninger. Selv om ordlyden er endret til ”peke på” gir den isolert sett ikke tydelig svar på om mekleren kan fremsette egne løsningsforslag. Forskjellen mellom departementets og Tvistemålutvalgets syn er heller ikke så stor. Hovedforskjellen ligger i at departementet fremhever at det primært er partene som skal

¹⁴⁵ TUsak30/04 s.3

¹⁴⁶ På dette punkt kan jeg ikke se at det er av rettskildemessig betydning at saken foregår under forliksforhandlinger i tilknytning til hovedforhandling og ikke under rettsmekling. Adgangen til å fremsette forslag til løsning er i utgangspunktet snevrere etter forliksforhandlinger fordi dommeren ikke må utsette seg for å bli inhabil. Under rettsmekling forutsettes det som nevnt at mekleren kan involvere seg uten tanke på å bli inhabil. Dette kan tale for at meklers adgang til å fremsette forslag i alle fall bør være den samme som i denne saken. Andre hensyn, som unntaket fra offentligheten og brudd på kontradiksjonsprinsippet etter tvl. § 8-5(1) kan imidlertid tale for at adgangen for rettsmekleren til å fremsette forslag bør være snevrere.

¹⁴⁷ Ethiske regler for dommere (2007) s.77

komme med forslag til løsning, noe som tvistemålsutvalget ikke drøfter særskilt.¹⁴⁸ Både lovtekst og forarbeider åpner altså for evaluerende virksomhet fra mekler.

3.4.1 Vurdering

Proposisjonen antyder at meklerens adgang til å fremsette forslag skal være subsidiær. Men tvl. § 8-5 (3) åpner imidlertid i større grad for egne forslag fra mekler.

Til forskjell fra å gi domsprognose, og å vurdere partenes argumentasjon skiller departementet i tid for når mekleren kan fremsette forslag til løsning, samt at departementet gir signal om at forslaget må være av et visst kvalitativt innhold – innenfor hva partene har vært særlig opptatt av. Sonderingen gjort av departementet må imidlertid gjøres ved en tolkning av den språklige forståelsen, og er således ikke ”klar”. Det er derfor fortsatt usikkert om forarbeidene er strengere enn lovteksten. En språklig forståelse av ”å peke på” gir imidlertid nærmest ingen retningslinje for når i tidsforløpet det er tillatt å komme med forslag til løsning.

Vedtaket i TUsak 30/04 falt da tvistemålsloven gjaldt og den angår forliksforhandling. Ut i fra de signaler som departementet gir i proposisjonen for rettsmekling, kan det spørres om saken ville vært behandlet annerledes dersom den hadde angått rettsmekling. For eksempel kan det hende utvalget ville gått mer konkret til verks, og undersøkt når i tidsforløpet forslaget til løsning fra rettsmekleren ble framsatt, og om den representerte en løsning ut i fra det partene hadde vært særlig opptatt av under meklingen. Tilsynsutvalget kan gi uttalelser for hva som er å anse for ”god dommerskikk” når det gjelder å fremsette egne forslag til løsning, jf. dl. § 236(3).

Ut i fra hensynet til at partene ikke skal oppfatte selvstendige forslag fra mekleren som en domsprognose eller føle det som et press, kan det spørres om det burde vært gitt klarere retningslinjer ikke bare for når i tidsforløpet løsningsforslag kan fremsettes, men også om

¹⁴⁸ NOU: 2001-32B s. 723, se også Bernt – Hamre (2005) s. 86

mekler burde fremsatt flere ulike forslag til løsning samtidig. Dersom ulike alternativer skisseres samtidig vil det være mindre sannsynlig at et av dem vil bli oppfattet som en domsprognose.¹⁴⁹

Forarbeidene fokuserer i stor grad på hensynet til rettsmeklingens legitimitet ved fremsettelse av løsningsforslag, og i den anledning mindre hensyn til at i enkelte situasjoner vil det være nyttig at en utenforstående kommer med forslag. Forslag fra motpart kan lett bli tatt imot med skepsis dersom konfliktnivået mellom dem er høyt. Parter kan også være fastlåst i sine egne posisjoner og vurderinger. Da kan mekler forhindre at meklingsprosessen går i stå, ved på en tydelig og ryddig måte skissere ulike ideer til løsning.¹⁵⁰

Verken forarbeidene eller lovteksten angir om forslag til løsning kan fremsettes i særmøte eller om det skal gjøres i fellesmøte. Det er altså opp til den enkelte mekler. Uansett når og hvor aktivt mekler deltar i utforming av løsningsforslag må ikke mekleres upartiskhet settes på spill, jf. tvl. § 8-5(3) første setning. Om en eller begge parter oppfatter meklers utspill som at den ene parten blir bedre ivaretatt enn den andre, kan det skade rettsmeklerens effektivitet som mekler i saken. Til tross for feil oppfatning av meklers intensjon.¹⁵¹

3.5 Hvordan skal rettsmekleren forholde seg til gjeldende rett?

Rettsmekling foregår i domstolenes regi. Slik sett vil det være en logisk slutning om rettsmekleren, som oftest er en dommer, har en viss plikt til å se til at gjeldende rett blir overholdt. Tvistelovens regler om rettsmekling gir imidlertid ingen klar anvisning på hvordan rettsmekleren skal forholde seg til gjeldende rett. Partene er ikke bundet av rettsregler lenger enn de selv ønsker, men de kan ikke inngå avtaler som er ulovlige eller

¹⁴⁹ Austbø(2006)s.154

¹⁵⁰ Bernt – Hamre (2005) s. 85

¹⁵¹ Ibid (2005) s. 85

straffbare. Problemstillingen blir derfor om rettsmekleren har plikt til å føre kontroll med et forliks rettslige sider. Videre blir det spørsmål om rettsmekleren, ved å prøve å få partene til å forlikes, kan bli helt eller delvis ansvarlig for den eventuelle løsningens juridiske holdbarhet. Sistnevnte forutsetter at mekler utøver en viss aktivitet ved å søke å medvirke til at partene kommer til en løsning. For eksempel kan det være å gi domsprognose eller komme med forslag til løsning. Teoretisk kan det tenkes at rettsmekleren fremsetter åpenbart urimelige løsninger eller gir uriktig bedømmelse av partenes argumentasjon sett i lys av gjeldende rett.¹⁵²

Til spørsmålet om rettsmekleren plikter å føre kontroll med forlikets rettslige sider, uttaler departementet at rettsmekleren ”må også kunne reagere hvis partene legger opp til en løsning som innebærer ulovlige forhold.”¹⁵³ Tatt bokstavelig må dette bety at rettsmekleren ikke *plikter* å gripe inn for å hindre ulovlige avtaler, jf. ”må kunne”. Dersom partene velger å inngå et rettsforlik skal imidlertid en rettsmekler føre en viss kontroll med inngåelse av forliket, jf. tvl. §§ 8-5(6) jf. 19-11 (3). Rettsmekleren må føre kontroll med at partene har fri rådighet over saksforholdet. Når det gjelder preseptorisk lovgivning kreves det imidlertid ikke omfattende kontroll.¹⁵⁴ Idet proposisjonen legger opp til at mekler må kunne ”reagere”, må dette innebære at hun kan avslutte meklingen dersom partene er i ferd med å inngå en ulovlig avtale.

Det kan således spørres om hvor mye som skal til for at mekleren ”må kunne reagere”. På enkelte fagområder, som for eksempel skatterett, kan det være uforholdsmessig å kreve at rettsmekleren skal ha full oversikt. Det kan spørres om det er tilstrekkelig at rettsmekleren har mistanke om at partene legger opp til en ulovlig avtale, eller om det kreves at rettsmekleren er i visshet om at avtalen vil være i strid med gjeldende rett. Det er mye som taler for at det er tilstrekkelig at mekler har berettiget mistanke, da det neppe kan

¹⁵² Jørgensen (2006) s. 230

¹⁵³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 126

¹⁵⁴ Tvistelovens kommentarutgave Bind 1 (2007) s. 829

kreves detaljinnsett i all lovgivning. Hva partene ev. avtaler etter meklingsmøtet er uansett utenfor rettsmeklerens kontroll.

Til sammenligning kan nevnes den danske retsplejeloven § 276 stk. 2;

”Retsmægleren afslutter en retsmægling, hvis det er nødvendigt for at hindre, at parterne under retsmæglingen indgår en aftale, der indebærer straffbare forhold eller i øvrigt strider mod ufravigelig lovgivning.”¹⁵⁵

Dansk rett skiller seg således fra norsk rett på enkelte punkter. For det første foreligger det en plikt for rettsmekleren å avslutte meklingen dersom vilkårene er oppfylt. For det andre fanger lovteksten også opp utenrettslig forlik. Norske lovforarbeider er uklare på dette punkt jf. ovenfor. For det tredje erplikten til å hindre inngåelse av ulovlige eller straffbare forlik inntatt i lovtekst.

I proposisjonen fremheves videre at rettsmekleren ”bør i utgangspunktet ikke stå som garantist verken for rettslig riktig eller rimelig forlik”.¹⁵⁶ Det understrekes at meklingsprosessen og meklers fremtreden i størst mulig grad gjennomføres på en slik måte at partene opplever eierskap og ansvar for løsningen. Departementet utelukker ikke at det i enkelte tilfeller kan være riktig av rettsmekleren å gi en ”viss garanti”.¹⁵⁷ Unntaket betinger imidlertid at partene gir uttrykk for å trenge det, jf. ”enkelte parter vil føle behov for en viss `garanti` fra mekleren før de gir seg inn på et forlik”.¹⁵⁸ For det andre betinger det at rettsmekleren selv finner det forsvarlig, jf. ”rettsmekleren må i det konkrete tilfellet vurdere om det er riktig å imøtekomme behovet.”¹⁵⁹ Som eksempel på en situasjon der det kan være grunn til å gi en viss garanti, nevnes saker hvor en eller flere parter er selvprosederende og det fremstår som klart hva som vil være utfallet ved en rettssak.

¹⁵⁵ LBK nr. 594 af 20/06/2008

¹⁵⁶ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s.126

¹⁵⁷ Ibid s.126

¹⁵⁸ Ibid s.126

¹⁵⁹ Ibid s.126

Uttalelsene i proposisjonen forutsetter at rettsmekleren holder rettsregler på avstand, og om eventuelle løsninger fremstår som juridisk riktig. Skoghøy hevder det foreligger en dårlig sammenheng mellom domstolenes tradisjonelle oppgave om å sørge for gjennomføring av materiell rett, og rettsmeklerens forhold til gjeldende rett. Han hevder at departementets uttalelser nærmest må oppfattes slik at rettsmekleren arbeider i et ”rettstomt” rom.¹⁶⁰

Skoghøy hevder videre at det foreligger uoverensstemmelse mellom hva en advokat kan bli ansvarlig for dersom han ikke orienterer klienten sin skikkelig om hva som er hans rettsstilling, mens dommeren skal mekle uten tanke på hva en part har krav på etter gjeldende rett. Tatt bokstavelig hevder Skoghøy at departementets uttalelser innebærer at dommeren kan prøve å få partene til å inngå et forlik som advokaten kan bli holdt erstatningsansvarlig for.¹⁶¹

Rt.1994 s. 1430 kan i denne sammenheng illustrere hva Skoghøy antyder.¹⁶² Saken gjaldt en advokats erstatningsansvar for advokatfullmektigens manglende/feilaktige rådgivning ved inngåelse av et rettsforlik. Det ble særlig fremhevet at prosessfullmektigen ikke hadde foretatt en forsvarlig vurdering av prosessrisikoen i motsøksmålet. Det ble imidlertid fremhevet at det ikke er tilstrekkelig å konstatere ansvarsgrunnlag på bakgrunn av at en prosessfullmektig råder sin klient til å inngå et forlik som er dårligere enn hva som ville vært resultat ved en eventuell dom. Ansvarsgrunnlag betinger at rådgivningen ut i fra en generell faglig vurdering må anses for å være uforsvarlig.

¹⁶⁰ Skoghøy (2008) s. 72

¹⁶¹ Ibid s. 72

¹⁶² På dette punktet kan jeg ikke se at det er noen rettskildemessig betydning at saken ikke finner sted i rettsmekling, men i forliksforhandlinger forut for at retten ble satt. Uttalelsene må imidlertid forstås som obiter dictum.

Til forholdet mellom meklers aktivitet og advokatens ansvar uttaler førstvoterende på s. 1436 og 1437:

”Under forliksforhandlinger vil sterke interesser kunne være involvert og prosessfullmektigene bli utsatt for press ... Han må kunne motstå et forhandlingstaktisk press fra motpartens side, og - om nødvendig - også et eventuelt press fra rettens side dersom dette ikke tjener klientens interesser”.

Dersom uttalelsene tas på alvor betyr det at rettsmekleren har nærmest ”fritt” spillerom under meklingen både med tanke på forholdet til gjeldende rett og for hvor aktivt han kan opptre (grader av utøvd press). Det er advokaten som må bære ansvaret for resultatets holdbarhet dersom vilkårene for erstatningsansvar er oppfylt, og han må i tillegg klare å motstå press fra rettsmekleren.

Det kan spørres om en meklers adgang til å opptre styrende stiller seg annerledes dersom én eller begge parter er selvprosjederende. Drøftelsen har en side til forlikspress, men vurderingstemaet er om mekleren er like ”fristilt” i forhold til gjeldende rett dersom en part ikke er representert av advokat.

I TUsak 01/04 (forliksforhandling) var klager selvprosjederende. Klagen gjaldt flere forhold som bl.a. sen saksbehandling og for å ha presset klager til å akseptere et forlik som innebar at han angivelig måtte redusere sitt krav vesentlig. Dommeren ble ilagt kritikk for sen saksbehandling. Klager ga også uttrykk for å ha opplevd seg overkjørt av dommeren da forliksforhandling ble innledet i et saksforberedende møte, til tross for at han tidligere hadde avvist forslaget om rettsmekling. Til dette uttalte Tilsynsutvalget:

”At en part kan føle seg presset i en slik situasjon, innebærer ikke nødvendigvis at presset er å anse som utilbørlig. En dommers initiativ og utspill kan være godt begrunnet med henblikk på å få en løsning som imøtekommer begge parter behov.”¹⁶³

¹⁶³ TUsak01/04 s.3

Som det fremgår av TUsak39/05 (rettsmekling) og TUsak78/08 (forliksforhandling) gis mekleren et stort spillerom under meklingen. For rettsmeklingens vedkommende kan dette begrunnes i at partene har akseptert mekling og derfor også godtatt at mekler kan utøve et visst press for å assistere dem frem mot en løsning. For å rettsmekle kreves det en formell beslutning av retten, jf. tvl. § 8-3(1). Når det gjelder forliksforhandlinger har dommeren plikt og adgang til å ta initiativ til uformelle drøftinger på hvilket som helst stadium for å forsøke å få til en minnelig løsning, jf. tvl. § 8-1(1) jf. § 8-2(1). Reelle hensyn tilsier derfor at den øvre grensen for å utøve press mot en part som ikke frivillig begir seg inn på forhandlinger bør være lavere. Dette uttaler Tilsynsutvalget seg ikke om. Tilsynsutvalget uttaler heller ikke noe om grensen for å utøve press er ulike dersom en part er selvprosederende enn dersom vedkommende er representert av advokat. Heller ikke uttales det noe om hvordan mekleren må forholde seg til gjeldende rett når en part er selvprosederende.

I TUsak 39/05 kommenterer Tilsynsutvalget til klage på dommeratferden slik:

”Utvalget har for øvrig merket seg at A hele tiden var bistått av advokat. Det må legges til grunn at han har ivaretatt hennes interesser slik han mente var korrekt.”¹⁶⁴

Det er altså ikke uttalt klart hittil av Tilsynsutvalget at selvprosederende parter må kunne stå imot et like stort press som parter med advokat. Uttalelsene i ovennevnte sak indikerer at Tilsynsutvalget vil ta hensyn til om en part er selvprosederende eller ikke. For øvrig kan det nevnes at under hovedforhandling legger Tilsynsutvalget vekt på om dommeren ivaretar selvprosederende parters interesser, da særlig det som angår materiell eller prosessuell veiledning, jeg viser eksempelvis til TUsak106/07.

¹⁶⁴ TUsak39/05 s.4

3.5.1 Vurdering

Som det fremgår av Rt.1994 s.1430 må det altså forventes at en advokat skal kunne stå imot press fra mekleren. Reelle hensyn tilsier i en de lege ferenda betraktning at rettsmekleren ikke kan ha like stort spillerom dersom en eller begge parter er selvprosjederende. Dersom rettsmekleren prøver å presse partene til å inngå et forlik som stiller dem dårligere sett i lys av hva de kunne oppnådd ved en dom, taler sterke hensyn for at rettsmeklerens adgang til å være styrende (utøve press) må være snevrere enn om partene er bistått av advokat. En advokat er profesjonell og det kan stilles forventninger og krav til hans virke. Det kan ikke forventes at selvprosjederende parter skal stå opp for seg og motsi rettsmeklerens argumenter i samme grad. På den annen side kan det sees på som et utslag av partenens egen risiko å representere seg selv. Dersom en klient føler seg presset vet han at han ville stått sterkere med en advokat ved siden av seg.

Tilsynsutvalget har hittil ikke uttalt klart hvordan forlikspres fra mekler stiller seg i saker hvor parter er selvprosjederende. Én mulig årsak kan være fordi det er usikkert i hvilken utstrekning eventuelt mekler skal ta hensyn til parter som stiller ”svakt”. Det kan spørres om det i noe tilfelle vil kunne være i strid med god dommerskikk ikke å gi veiledning i materielle spørsmål dersom en part er selvprosjederende. Utgangspunktet er at det ikke foreligger noen plikt til å gjøre det. Dette alene kan derfor neppe utløse disiplinærvedtak. Det skal i så fall noe mer til. For eksempel kan det tenkes at en part er psykisk ustabil og ikke klarer å tenke klart under meklingen. I utgangspunktet burde antagelig mekling aldri funnet sted.¹⁶⁵ Men hva om mekleren ikke avslutter, eller ikke legger inn en pause, og velger å la meklingen fortsette? Og hun heller ikke opplyser om relevant materiell rett? Det kan da spørres om det er forsvarlig av mekleren å la en part inngå et forlik som stiller vedkommende i et klart dårligere lys sett i forhold til gjeldende rett. Tenk om mekleren i tillegg oppfordrer parten til å inngå forliket. Det kan spørres om dette er ”utilbørlig atferd”

¹⁶⁵ Nordhelle (2006) s.45

som kan utløse disiplinærvedtak.¹⁶⁶ Det kan også spørres hvor reell frivilligheten er, dersom reell frivillighet betinger at parten har tatt et fornuftig valg.

I utgangspunktet er det ikke i seg selv ansvarsbetingende eller uforsvarlig at rettsmekleren aktivt bistår partene i å komme til en løsning som avviker fra et sannsynlig rettslig utfall. Altså et resultat som stiller en eller begge parter dårligere enn hva som kunne vært oppnådd i en eventuell dom.¹⁶⁷ Det ligger i selve kjernen til den interessebaserte meklingsmodellen at partene kan velge en løsning som er dårligere enn hva som kunne vært oppnådd i en dom, men som likevel fremstår for dem som et bedre alternativ enn en rettslig avgjørelse.¹⁶⁸

Da rettsmekleren etter gjeldende rett har et stort spillerom, og dette skal forsvares, må det forutsettes at partenets autonomi er reell. For at autonomien skal være reell må den enkelte part være klar over de valgmuligheter som foreligger så de har mulighet til å ta et veloverveid valg. For at rettsmekleren ikke skal bli oppfattet som en ”garantist” for et eventuelt forliks rettslige holdbarhet sett i lys av gjeldende rett, bør antagelig mekleren også eksplisitt gjøre partene klar over at dette ikke er meklerens oppgave å kontrollere. Det fremheves i forarbeidene at det er spesielt viktig å få fram for partene at dommeren ikke skal opptre som dommer under rettsmeklingen, men være mekler.¹⁶⁹

¹⁶⁶ NOU 1999:19 pkt.10.6.3.2.

¹⁶⁷ Jørgensen (2006) s. 230

¹⁶⁸ Konflikt, mekling og rettsmekling (2008) s.308

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 390

4 Avslutning

Gjeldende norsk rett gir altså ingen klare retningslinjer for hvor langt rettsmekleren kan gå for å få partene til å forlikes. Tvl.§ 8-5(3) angir ingen tydelig øvre grense, og åpner for evaluerende virksomhet fra rettsmekleren. Å peke på forslag til løsning, eller drøfte partenes argumenter, innebærer en viss fare for at partene retter seg etter dette. Parter kan synes at meklers vurderinger er gode for dem, men det er også fare for at evalueringer fra mekleren oppleves som pressende.

Reglene er korte og enkle og åpner således for fleksibilitet. Lovteksten gir rom for dyktige meklere til å tilpasse meklingsstil til situasjonen og til det partene har behov for. Et annet spørsmål er om rettsmeklere i dag, som ofte er en dommer, er flittige og dyktige meklere som benytter de tilgjengelige virkemiddele med et fornuftig skjønn. Mekling er personavhengig. Det stilles ikke spesielle krav til dommermeklere om egenhet, kompetanse eller tidligere erfaring fra mekling. Om tvisten blir løst gjennom mekling, og om løsningen er god for partene, avhenger ikke bare av mekleren. Men hun har en viktig rolle.

Gjeldende rett åpner også for en viss usikkerhet idet proposisjonen søker å modere meklers aktivitetsnivå noe i forhold til lovteksten. Lovgivningsteknikken er ikke ukjent. Likevel kunne lovgiver muligens vært klarere i lovteksten på dette feltet. For eksempel stenger ikke lovteksten for domsprognose, men departementet mener et slikt virkemiddel bør reserveres unntakstilfelle.¹⁷⁰ Dette skaper usikkerhet. En klargjøring i lovteksten kan bidra til å klargjøre forventninger og gjøre fremgangsmåte mer forutsigbar.¹⁷¹ Forutsigbarhet er grunnleggende for at parter skal kunne ta et informert og veloverveid valg.

Praksis fra Tilsynsutvalget viser at mekleren gis ”atskillig handlingsfrihet” under forliksforhandlinger.¹⁷² TUsak 39/05 kan forstås slik at grensene er de samme for

¹⁷⁰ Ot.prp.nr.51(2004-2005)s.126

¹⁷¹ Nylund (2009)

¹⁷² Etiske regler for dommere (2007) s.73

rettsmekleren. Som det fremgår skal det mye til for at Tilsynsutvalget iletter disiplinervedtak pga meklers atferd under meklingen. Det må antas at praksis fra Tilsynsutvalget vil være utgangspunktet for fremtidige klagesaker. Forslaget om etiske prinsipper vil tjene som retningslinjer for dommere dersom de kommer. De vil kunne fremme en bevisstgjøring, selv om det ikke knytter seg noen sanksjoner ved å bryte dem. Likevel kan det hende at terskelen vil senkes noe når de etiske prinsipper foreligger. Det kan også være Tilsynsutvalget vil gi uttalelser for hva som må anses som ”god dommerskikk” jf. dl. § 236 (3) i lys av de forutsetninger for meklers fremferd som legges til grunn i tvistelovens proposisjon. Eksempelvis for når i tid det er anledning til å fremsette løsningsforslag og om forslaget baserer seg på det partene særlig har vært opptatt av under meklingen.¹⁷³

Til sammenligning kan nevnes fra de etiske retningslinjer for rettsmeklere i Danmark;

”Retsmægler bør som det klare udgangspunkt være tilbageholdende med at komme med løsningsforslag eller pege på styrker og svagheder i parternes argumentation. Retsmægler kan kun undtagelsesvist gøre dette, hvis partene anmoder herom, og hvis retsmægler finder det hensigtsmæssigt og forsvarligt.”¹⁷⁴

Den danske Retsplejelovens kap. 27 for rettsmekling innholder ingen rammer for rettsmeklerens fremferd, slik det er gjort i norsk lovtekst. Retningslinjene gir imidlertid klarere signaler om at rettsmekleren bør vise moderasjon i forhold til hvor aktivt han kan vurdere partenes argumentasjon og løsningsforlag. De kumulative vilkår som er oppstilt indikerer at rettsmekleren bare unntaksvis skal komme med evalueringer. Jeg vil derfor hevde at danske retningslinjer i større grad ivaretar partsautonomien til sammenligning med norsk lovtekst og praksis fra Tilsynsutvalget for dommere. De danske retningslinjer må derfor tolkes slik at det er forbud mot å komme med domsprognose da det bare unntaksvis er tillat å gjøre det mindre (komme med forslag til løsning eller vurdere partenes

¹⁷³ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.126

¹⁷⁴ Etiske retningslinjer for retsmægling pkt 2.

argumentasjon). De danske retningslinjene inneholder dog ingen eksplisitt regel om forbud mot å legge press på partene. Men idet de danske etiske reglene i større grad enn i de norske reglene begrenser evaluerende virksomhet fra rettsmekleren, kan det innfortolkes også et visst forbud mot å utsette parter for press.

Det kan spørres om det inngås flere forlik dersom mekler er evaluerende. Når det gjelder målet om effektivitet, viser den danske evalueringsundersøkelsen at det ikke blir flere forlik ved en evaluerende mekler eller om hun er tilretteleggende.¹⁷⁵

Dersom effektivitet er målet kan det derfor spørres om evaluerende virksomhet er den riktige veien å gå for rettsmekleren. Evalueringer kan også svekke partenes reelle frivillighet. Det fremholdes i meklingsteori at rettssikkerhet under mekling sikres ved at partene selv kan styre resultatet i meklingen.¹⁷⁶ Dersom partenes autonomi utfordres gjennom ulike former for, og grader av, påvirkning/press fra rettsmekleren, kan dette gå på bekostning av partenes rettssikkerhet. Etter gjeldende rett er imidlertid avveiningen mellom hensynet til partenes rettssikkerhet og hensynet til effektivitet i stor grad en skjønnsmessig vurdering som er opp til den enkelte rettsmekler å foreta.

¹⁷⁵ Konfliktmegling (2006) s.72

¹⁷⁶ Ibid s.72

5 Litteraturliste

- Austbø, Anne. *Rettsmekling i domstolene*.|: Kart og Plan. Årg. 98, nr. 4 (2005), s. 207– 210
- Austbø, Anne og Geir Engebretsen. *Mekling i rettskonflikter*. 2.utg. Oslo, 2006
- Bernt – Hamre, Camilla. *Hvor aktiv kan rettsmekler være under meklingen?* |: Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet. Årg. 2005 nr. 108, s. 75– 86
- Bernt - Hamre, Camilla. *Rettsmekling*. Universitetet i Bergen. Det juridiske fakultets skriftserie nr. 97, 2004
- Gjelsvik, Øystein. *Konflikt, megling og legitimitet*. Hovedfagsoppgave ved UIO, høst 2000
- Hov, Jo. *Rettergang 1*. Papinian as og Jo Hov. Oslo, 2007
- Hov, Jo. *Rettergang 3*. Papinian as og Jo Hov. Oslo, 2007
- Jørgensen, Lars Økjær og Martin Lavesen. *Mediation – ret & rammer*. 1.utg. København, 2006
- Knoff, Richard H. *Evaluering av prøveordningen med rettsmekling*. Oslo, 2001
- Konflikt, mekling og rettsmekling*. Kjelland-Mørde, Kristin ... [et. al] Universitetsforlaget, 2008
- Konfliktmegling*. Dag Hareide. Spartacus Forlag. Oslo, 2006
- Kovach, Kimberlee K. & Lela P.Love. *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid* .|: Harvard Negotiation Law Review. 1998, s. 71 – 110. www.hnrl.org/ (siteret 28.10.09)
- Moore, Christopher W. *The Mediation Process*. 2.utg. San Francisco, 1996
- Nordhelle, Grethe. *Mekling, konfliktforståelse og konflikthåndtering*.1.utg. Oslo, 2006
- Riskin, Leonard L. *Understanding Mediators's Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*.|: Harvard Negotiation Law Review. 1996, s. 7- 51. www.hnrl.org/ (siteret 28.10.09)
- Riskin, Leonard L. *Decisionmaking in mediation: The new old grid and the new new grid system*. |: Notre Dame Law Review. 2003 – 2004, s.1–53. <http://heinonline.org/> (siteret 28.08.09)
- Rønning, Aina Johnsen. *Dommere mekler selv*.|: Advokatbladet. Årg. 89 nr. 9, 2009
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Nytt i Ny tvistelov*. Oslo, 2008
- Twisteloven Kommentarutgave Bind 1*. Schei, Tore ... [et. al] Universitetsforlaget, 2007

Vindeløv, Vibeke. *Konfliktmægling – en refleksiv model*. 2. utg. København, 2008

Lover

Norske lover

Lov om domstolene (domstolsloven) av 13. aug. Nr. 5. 1915

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni. Nr. 90. 2005

Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13.aug. Nr.6 1915 (opph.)

Dansk lov

Bekendtgørelse af lov om rettens pleje (Retsplejeloven) LBK nr 594 af 20/06/2008

www.retsinformation.dk, (sitert 08.10.09)

Forskrifter

Forskrift til tvisteloven (tvistelovsforskriften) FOR 2007-12-21 nr. 1605

Forarbeider

Ot.prp. nr. 51 (2004 – 2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp. nr. 44 (2000 -2001) (endningslov) Om lov om endringer i domstolloven

m.m. (den sentrale domstoladministrasjon og dommernes arbeidsrettslige stilling)

NOU 2001:32 A. Rett på sak

NOU 2001:32 B. Rett på sak

NOU 1999:19. Domstolene i samfunnet

Dommer

Rt. 1994 s. 1430

Tilsynsutvalget for dommere

TUsak 01/04

TUsak 30/04

TUsak 39/05

TUsak 106/07

TUsak 78/08

Etiske retningslinjer

Norske

Etiske prinsipper for dommeratferd. Utgård, Karl Arne ... [et. al] Utkast til etiske prinsipper for dommeratferd, 2009. Domstolsadministrasjonen. (mottatt pr. e-post 7.sept.2009)

Høringsbrev – utkast til etiske prinsipper for dommeratferd. Domstolsadministrasjonen, 2009. (mottatt pr. e – post 7. sept. 2009)

Etiske regler for dommere. Aasland, Gunnar... [et. al] Utkast fra arbeidsgruppen oppnevnt av Domstolsadministrasjonen. Oslo, 2007

Danske

Etiske retningslinjer for retsmægling. Danmarks domstole, 2009 (www.domstol.dk)

Foredrag

Nylund, Anna. *Medling.* Nordisk Forum for Megling og Konflikthåndtering , Reykjavik, 03. okt. 2009

Nettressurser

Tilgang: <http://www.sorenskriveren-i-sandefjord.no>. (u.å) (sitert 17.11.09)

Tilgang: <http://www.domstol.no/DAtemplates/Section.aspx?id=10049&epslanguage=NO>
oppdateringsdato 03.03.2009 (sitert 26.10.09)

